

CBS Law Studies

WP 2009-02

Den Konkurrenceretlige regulering af rabatter

Adjunkt Christian Bergqvist, ph.d.

Copenhagen Business School
Law Department
www.cbs.dk/law

ISBN-10: 87-992891-1-3
ISBN-13: 978-87-992891-1-0
EAN: 9788799289110

Resume

Dominerende virksomheders adgang til at indrømme deres kunder rabatter er genstand for betydelige uklarheder, bl.a. som følge af en retspraksis, der ikke på alle punkter er sammenhængende eller forenelig med ordlyden af lovgivningen. Nedenfor skal der med udgangspunkt i EU og dansk praksis, dog forsøges opstillet nogle nærmere retningslinjer. Det konkluderes dog at der eksisterer så mange uklarheder at en sammenhængende praksis ikke ubetinget kan skabes.

Januar 2009

Forslag til citering:

Christian Bergqvist, *Den Konkurrenceretlige regulering af rabatter*, CBS Law Studies, WP 2009-02.

1. Notatets baggrund og formål¹

Den dominerende virksomheds adgang, eller fraværet heraf, til at indrømme kunder rabatter og andre fordele er formentlig et af konkurrencerettens vanskeligste områder. Vanskeligt, både fordi rabatter og rabatprogrammer ofte er en kommerciel forudsætning, også for den dominerende virksomhed, og derved forudsætter en vanskelige balance mellem modsatrettet hensyn, og fordi der kun svagt, om overhovedet, kan identificeres en sammenhængende praksis.²

Nedenfor skal nogle retningslinjer dog forsøges opstillet med udgangspunkt i EU-praksis og relevante referencer til dansk praksis. Danske virksomheder med dominerende markedspositioner vil normalt være omfattet af begge, hvortil kommer at Dansk Konkurrenceret bygger på et princip om EU-konformitet.³

Hvor det er muligt, er Kommissionens *Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings* fra 2008, herefter "Artikel 82-paper".⁴ indarbejdet, hvilket navnlig er i forhold til de loyalitetsskabende rabatter. De diskriminatoriske rabatter er ikke behandlet i Kommissionens Artikel 82-paper.⁵ Mange af principperne fra Kommissionens Artikel 82-paper kan dog overføres til de diskriminerende rabatter.

Derudover er dansk praksis fortsat præget af en "ældre" og negativ indstilling til forskelsbehandling, hvis den rammer små og mellemstore virksomheder, hvilket giver anledning til en række "nuanceforskelle" i forhold til den EU-retlige tilgang til rabatter med diskriminatoriske elementer.⁶ Omvendt indtager dansk praksis en mere "afslappet" tilgang til diskriminerende rabatter, der alene rammer slutbrugerne, jf. nærmere nedenfor.

Notatet gennemgår endvidere alene rabatters forenelighed med Artikel 82 i Traktaterne om det Europæiske Fællesskab, herefter "Artikel 82 TEF", samt den parallelle danske § 11 i Konkurrenceloven, herefter "KL § 11".

¹ Notatet er opdateret med praksis frem til 1. Januar 2009. Bemærkninger og forslag til ændringer modtages gerne, evt. pr. e-mail til cb.jur@cbs.dk.

² Den omfattende (og restriktive) EU/DK praksis står i kontrast til USA, hvor rabatter ikke synes at have givet anledning til indgreb fra de føderale konkurrencemyndigheder, jf. Note by the United States for the "Roundtable on loyalty or fidelity discounts and rebates", 29. maj 2002, OECD.

³ jf. nærmere hos Mogens Koktvedgaard, Lærebog i Konkurrenceret, 6. udgave, DJØF 2005, p. 142-144. Der eksisterer en del dansk konkurrencepraksis fra førend 1998, hvor der ikke gjaldt et princip om EU konformitet. Denne ældre danske praksis behandles ikke nærmere nedenfor. Hovedlinjerne heri er sammenfattet i Konkurrencestyrelsens notat, *Prisdiskriminering i relation til konkurrenceloven* fra 1998.

⁴ Kommissions oprindelige udkast til Artikel 82-paper, dvs. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, er tillige indarbejdet, hvor der heri var relevante overvejelser, som ikke syntes videreført. Den nærmere baggrund og konsekvenserne af "ændringerne" er ikke nærmere overvejet.

⁵ Kommissionen tilkendegav oprindeligt en intention om at udsende et paper vedr. diskriminerende adfærd, jf. MEMO/05/486 - *Commission discussion paper on abuse of dominance - frequently asked questions*. Det er uklart om dette fortsat er intentionen.

⁶ "Problemet" med den negative danske tilgang til rabatter, der gør forskel mellem store og små virksomheder, er fraværet af et teoretisk fundament for at anse disse for konkurrencebegrænsende. Beskyttelsen af små virksomheder er primært et socialpolitisk problem, der ikke bør følges indenfor rammerne af konkurrenceretten.

Formuleringen af Artikel 81 TEF og KL § 6 samt "ældre" dansk praksis har indikeret, at vertikale aftaler om rabatter eventuelt kunne bedømmes efter disse bestemmelser, hvis der var et diskriminerende element i forhold til tredjepart.

Denne praksis må dog anses for "forkert", om end den tilsyneladende endnu ikke er opgivet. Rabatters bedømmelse efter Artikel 81 TEF og KL § 6 behandles dog ikke nærmere nedenfor⁷.

Det bør dog ikke overses, at der navnlig i tilknytning til diskriminatoriske rabatter kan være visse grænseflader mellem et misbrug af en dominerende stilling og forskellige former for vertikale aftaler, idet diskriminatoriske rabatter, uforenelige med Artikel 82/KL § 11, implicit har en vertikal karakter.

Derudover kan en horisontal aftale om, at alene udvalgte selskaber eller personer skal (eller ikke skal) indrømme en rabat (kollektiv boykot), være uforenelig med Artikel 81 TEF og KL § 6 og derved yderligere give en fællesmængde i forhold til Artikel 82 og KL § 11.⁸

Endelig synes Konkurrencestyrelsens fremgang i tilknytning til *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*,⁹ fra 2004 og *Frits Hansen-rabatkomplekset*¹⁰ fra 2006 at indikere et ønske hos Konkurrencestyrelsen om fortsat at regulere (vertikale) rabataftaler under KL § 6. Upåagtet at Fritz Hansen ikke kunne anses for dominerende, blev *Frits Hansen-rabatkomplekset* lukket på baggrund af en tilsagnspakke, der bl.a. begrænsede anvendelsen af omsætningsafhængige rabatter, mens der i *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*, mere generelt blev opstillet en sondring mellem helt ensidigt fastsatte aftale vilkår, og vilkår, der havde været genstand for en forhandling. Artikel 81 TEF og KL § 6 kunne herefter anvendes i forhold til de sidste.¹¹

Der sondres nedenfor kun entydigt mellem EU- og dansk praksis, hvor materielle forskelle eksisterer. Referencer til Artikel 82 vil således også dække referencer til KL § 11, uanset om dette konkret er ske, medmindre andet angives.

⁷ Se nærmere hos Katja Høegh "Hvor snævre grænser gælder for større virksomheder og dominerende virksomheders rabat og bonussystemer?", UfR 2002B 32, navnlig s. 39, for gennemgang af denne "ældre" dansk praksis samt hvorfor den er forkert. Den forældede danske praksis omfatter formentlig afgørelser såsom *Odder Barnevognsfabrik A/S' autoriserede forhandlerbetingelser*, Rådsmødet den 31. maj 2000; *C.K. Chokolades samhandelsbetingelser og bonusaftaler*, Rådsmødet den 28. april 1999; *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt*, Rådsmøde den 16. juni 1999, for så vidt angår anvendelsen af KL § 6; *Favørs lagerhotelaftale*, Rådsmødet den 29. marts 2000, for så vidt angår loyalitetsrabatterne, *Sonofons standard storkundeaftaler*, Rådsmødet den 25. August 1999 samt *EjendomsAvisens annonceaftaler*, Rådsmødet den 21. juni 2000.

⁸ En horisontal aftale om anvendelsen af en identisk rabatskala blev fx anset uforenelig med KL § 6 i *Anmeldelse af lægemiddelgrossisternes rabataftale*, Rådsmødet den 30. september 1998. Se tilsvarende *EKKO's klage over diskriminerende fragttillæg*, Rådsmødet den 27. oktober 1999, og eventuelt *Clearing af taxiboner og kontokort i Storkøbenhavn*, Rådsmødet den 31. maj 2006. I den sidste blev en kollektiv boykot af en konkurrent fx fundet uforenelig med både KL § 6 og KL § 11.

⁹ *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*, Rådsmødet den 26. Maj 2004.

¹⁰ *Fritz Hansen A/S' partneraftale*, Rådsmødet den 20. december 2006.

¹¹ Se pkt. 95-97.

2. Rabatter og det konkurrenceretlige problem

De mest oplagte konkurrenceretlige problemer, der kan identificeres i forhold til rabatter, omfatter spørgsmålet om:

- a) Den dominerende aktørs generelle adgang til at indrømme rabatter og andre fordele.
- b) De specielle forhold knyttet til forskellige former for stordriftsfordele mv., der eventuelt kunne henholdsvis legitimere eller kvalificere anvendelsen af rabatter.
- c) Ekskluderingen af en aktuel konkurrent på det umiddelbare marked, eventuelt skabelsen af "kunstige" adgangsbarrierer og switching cost, således at potentielle konkurrenter holdes ude (foreclosure).
- d) Forvridningen af konkurrencen på et downstream placeret marked, når kun udvalgte kunder opnår en rabat.
- e) Begunstigelse af et datterselskab eller et vertikalt integreret aktivitetsområde på et downstream placeret marked.

Ovenstående konkurrenceretlige problemer repræsenterer ikke doktrinære sondringer, men derimod de forskellige situationer en dominerende virksomhed, dens kunder og konkurrenter kan stå i. I praksis kan der, ifølge gennemgangen nedenfor, dog navnlig sondres mellem a, b og c overfor d og e, idet de to sidste er forhold, der alene er relevante i tilknytning til forbuddet mod at diskriminere.

Nedenfor søges alle disse forhold behandlet indenfor det samme notat. Der gøres i forbindelse hermed relativt meget ud af at behandle den nærmere teoretiske begrundelse for at anse et rabatsystem for konkurrencebegrænsende for at lette analogifortolkninger, fx til nye retlige problemstillinger, der endnu ikke har foreligget til behandling.

I forlængelse af det sidste bruges endvidere en række økonomiske termer, fx foreclosure, der beskriver "lukningen" af et marked, således at anvendelsen af (engelsksprogede) teoretiske fremstillinger lettes.

Konkurrenceretligt er foreclosure og ekskludering det samme, om end det ikke bør overses, at en konkurrencebegrænsning ikke forudsætter egentlig ekskludering af en konkurrent. Alene den disciplinerende effekt knyttet til at denne retter ind efter den dominerende aktør vil, efter omstændighederne, kunne være tilstrækkelig til, at et misbrug foreligger.¹²

¹² Jf. Kommissionens Artikel 82-paper, pkt. 68, der dog specifikt vedr. misbrugsformen, predatory pricing, men formentlig kan overføres til andre misbrugsformer. Tilsvarende fremhæves evnen til at skabe adgangsbarrierer via rabatter som et konkurrenceretligt problem i *LK A/S grossistaftaler*, Rådsmødet den 20. november 2000.

3. Rabatter og konkurrenceretten – de relevante sondringer

Set fra en juridisk synsvinkel kan rabatter udgøre et misbrug af en dominerende stilling på flere måder:

- a) Rabatten har en loyalitetsskabende effekt, der erstatter en egentlig eksklusivaf tale, hvormed markedet lukkes (foreclosures) for konkurrenterne (Artikel 82, litra b, TEF, og KL § 11, stk. 3, nr. 2).
- b) Rabatten har en diskriminatorisk karakter, der forvrider konkurrencen på et downstream placeret marked (Artikel 82, litra c, TEF, og KL § 11, stk. 3, nr. 3).
- c) Rabatten indrømmes kun, hvis komplementære produkter aftages (koblingsrabatter), hvorved der sker en kombineret udnyttelse af kunderne og foreclosure af konkurrenterne (Artikel 82, litra d, og KL § 11, stk. 3, nr. 4).¹³

Der er en fællesmængde mellem de tre områder og litraerne i Artikel 82 og KL § 11. I de to EU-sager *Suiker Unie*¹⁴ og *Hoffmann La Roche*¹⁵ var rabatterne uforenelige med såvel Artikel 82, litra b, og Artikel 82, litra c, som følge af deres kombinerede loyalitetsskabende og diskriminatoriske effekt.

Tilsvarende forelå der både et diskriminerende element og et koblingselement i EU-sagen *British Sugar/Napir Brown*,¹⁶ og den danske sag *Scandlines rabatvilkår ved udstedelse af kombinationsbilletter til lastbiler*,¹⁷ hvor kunder, henholdsvis ikke fik en rabat ved selv at afhente produkterne eller netop fik en rabat, hvis de benyttede samme rederi ved passage af både Østersøen og Øresund.¹⁸

Nedenfor gennemgås først loyalitetsrabatter, hvorefter de diskriminatoriske rabatter gennemgås. Som allerede indikeret er opdelingen delvis kunstig, og det bør altså ikke overses, at der er et overlappende område.

Koblingsrabatter og bedømmelsen efter Artikel 82, litra d og KL § 11, stk. 3, nr. 4, behandles kun meget sporadisk, da praksis ikke giver anledning til at udsondre disse i forhold til loyalitetsrabatter.¹⁹

¹³ Koblingsrabatter omtales ofte som mixed bundling.

¹⁴ De forenede sager C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114-73 - *Suiker Unie*, Sml. 1975, s. 1663, se navnlig præmis 518-528.

¹⁵ Sag C-85/76 - *Hoffman La Roche vs. Kommissionen*, Sml. 1979, s. 461, se navnlig præmis 90.

¹⁶ Sag IV/30.178 - *Napir Brown - British Sugar*, EFT 1988L 284/41. Der henvises dog ikke til Artikel 82, litra c.

¹⁷ *Scandlines rabatvilkår ved udstedelse af kombinationsbilletter til lastbiler*, Rådsmødet den 28. januar 1998, hvor rabatten dog alene betegnes som diskriminerende.

¹⁸ I *Hoffmann La Roche* forelå der også et tying-element. Se tilsvarende EU sagen T-30/89 - *Hilti vs. Kommissionen*, Sml. 1991, s. II.1439 og de danske sager *DBC medier as*, Rådsmødet den 22. juni 2005.

¹⁹ Koblingsrabatter forelå bl.a. i *Hoffmann La Roche* og *DBC medier as*, Rådsmødet den 22. juni 2005. Derudover var det bl.a. rabatter, som var blevet anvendt til at fremme den ulovlige tying i sag T-30/89 - *Hilti vs. Kommissionen*, Sml. 1991, s. II.1439.

4. Det konkurrenceretlige misbrugsbegreb og rabatter

Det følger af *Hoffmann-La Roche*²⁰ og *AKZO*,²¹ at det konkurrenceretlige misbrug er et objektivt begreb, hvor det subjektive formål hermed ikke tillægges betydning. Det afgørende kriterium for at henføre en adfærd under Artikel 82 er, hvorvidt denne direkte eller indirekte kan skade konkurrencen.

Den objektive tilgang til bedømmelsen af en rabat er fremhævet i nyere dansk praksis. I *TV 2's priser og betingelser*²² fra 2005 bemærkes det fx, at:²³

"... ifølge retspraksis, er det ikke nødvendigt at vise et rabatsystems konkrete virkning på markedet. Det er i den forbindelse tilstrækkeligt at konstatere, at rabatten har til formål at begrænse konkurrencen eller med andre ord, at den dominerende virksomheds adfærd er egnet til at have en sådan virkning."

Den objektive karakter af misbrugsbegrebet betyder endvidere, at det subjektive formål, eventuelt god tro omkring den konkurrencebegrænsende effekt, som udgangspunkt er irrelevant. I *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*²⁴ gik Kommissionen endog endnu længere ved at påpege, at der end ikke kunne formuleres et krav om, at den dominerende virksomhed realiserede en fordel.

Den objektive karakter af misbrugsbegrebet bør dog ikke ubetinget slå igennem i forhold til rabatter, idet en omkostningsbegrundelse må accepteres som legitim begrundelse uanset en eventuel konkurrencebegrænsende effekt.

*Michelin II*²⁵ må dog formentlig udlægges således, at der gælder forholdsvis strenge beviskrav for eventuelle omkostningsbegrundelser og derved, at udgangspunktet (fortsat) er effekten af en rabat uanset eventuelle mere subjektive begrundelser, jf. ovenfor.

Praksis synes endvidere kun i begrænset omfang at indikere et behov for at sondre mellem forskellige former for rabatter.²⁶ I praksis er rabattyper såsom målrabatter, bonus, forudbestillingsrabatter,²⁷ markedsføringsstilskud²⁸ og selektive prisnedsættelser²⁹ da også blevet bedømt (og fordømt).

²⁰ Præmis 91.

²¹ Sag C-62/85, *AKZO vs. Kommissionen*, Sml. 1991, p. I-3359, præmis 69.

²² *TV 2's priser og betingelser*, Konkurrencerådets afgørelse af 21. december 2005.

²³ Se pkt. 183. Se ligeledes sag T-203/01 - *Manufacture française des pneumatiques Michelin vs. Kommissionen*, Sml. 2003, s. II-4071, præmis 239.

²⁴ Sag IV/36.888 - *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, EFT 1998L 55/5, pkt. 102.

²⁵ Sag T-203/01 - *Manufacture française des pneumatiques Michelin vs. Kommissionen*, Sml. 2003, s. II-4071.

²⁶ Jf. *Hoffmann La Roche*, præmis 96, er den nærmere betegnelse for en rabat irrelevant. Det afgørende er dens effekt. Se tilsvarende sag C-95/04 - *British Airways vs. Kommissionen*, præmis 68 samt sag T-203/01 - *Manufacture française des pneumatiques Michelin vs. Kommissionen*, Sml. 2003, s. II-4071, præmis 91.

²⁷ Se fx *Daniscos salg af industrisukker - rabatordninger og terminskontrakt*, Rådsmødet den 26. Maj 2004 og *LK A/S grossistaftaler*, Rådsmødet den 20. december 2000, hvor en forudbestillingsrabat blev henholdsvis accepteret og fordømt.

²⁸ Markedsføringsstilskud er blevet bedømt i *Arla Foods rabatter og markedsføringsstilskud*, Rådsmødet den 30. marts 2005, navnlig pkt. 70-73, og sidestilles her med en ikke omkostningsbegrundet rabat. Se tilsvarende *Carlsbergs stan-*

Den med Artikel 82 eller KL § 11 uforenelige adfærd er prissænkningen, der sker, uden at der foreligger en modydelse,³⁰ og som enten har ekskluderende effekt (loyalitätsrabatterne), en diskriminerende effekt (de diskriminerende rabatter), eller hvor der sker en kobling mellem produkter og tjenester (Koblingsrabatter).³¹

5. Loyalitätsrabatter

Det følger fra *Hoffmann La Roche*, navnlig præmis 89, at i det omfang en rabat har samme effekt eller formål som en formel eksklusivtidsaftale, behandles denne efter samme retningslinier, hvilket navnlig vil være tilfældet, hvis en rabat alene indrømmes, hvis hele efterspørgslen dækkes hos den dominerende aktør, og derved skaber en form for formel loyalitet overfor denne.

Ud over egentlige eksklusivrabatter, og variationer herover, har praksis navnlig behandlet målrabatter med kumulerede elementer,³² hvor en rabat eller bonus alene opnås, hvis individuelle fastlagte mål realiseres, fx en 10 %'s stigning i indkøbet i forhold til året før eller indkøb fra forskellige produktkategorier. Effekten af en sådan rabat vil nemlig være, at det bliver uforholdsmæssigt omkostningstungt at inddække mindre indkøb hos konkurrerende leverandører, hvorved markedet lukkes i forhold til disse (foreclosures).

I *Hoffmann La Roche* blev rabatterne bl.a. ydet som målrabatter, der blev indrømmet på baggrund af kundens forventede indkøb på årsbasis, og under anvendelsen af en progressiv procentsats, der steg i forhold til den del af behovet, som blev dækket ved indkøb hos den dominerende aktør. I *Michelin*³³ var der opstillet og anvendt et rabatsystem med en variabel årsrabat, der blev fastlagt på baggrund af en kombination af indkøbet året før samt realiseringen af en række fikserede afsætningsmål, der ligeledes var fastlagt på baggrund af indkøbet året før.

dardaftaler med horeca-sektoren, Rådsmødet den 26. oktober 2005, bl.a. pkt. 167, hvor anvendelsen af markedsførings-tilskud forstærker effekten af indgåede eksklusivaftaler.

²⁹ I de forenede sager C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114-73 - *Suiker Unie*, Sml. 1975, s. 1663, blev rabatten bl.a. ydet som et prisnedslag, hvilket ikke påvirkede bedømmelsen, jf. præmis 513. Se tilsvarende *Post Danmarks misbrug af dominerende stilling*, Rådsmødet den 29. september 2004.

³⁰ Jf. sag 322/81 - *Michelin mod Kommissionen*, Sml. s. 3461, præmis 65. Bemærkningen vedrørte de kriterier, som skal lægges til grund ved bedømmelsen af en rabat, men synes dog omvendt også at rumme loyalitätsrabattens karakteristika (fraværet af en modydelse) og derved en form for definition herpå.

³¹ Den nærmere test for hvornår en rabat kunne udgøre et misbrug af en dominerende stilling blev formuleret ved *Hoffmann La Roche*, præmis 90, hvor det blev bemærket at "Det må derfor undersøges, om rabatten ved at udgøre en fordel, som ikke kan retfærdiggøres af en økonomisk modydelse, fjerner eller begrænser køberens mulighed for frit at vælge sine leverandører, hindrer konkurrenternes adgang til markedet, om rabatgiver herved over for sine handelspartnere har anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi, eller har styrket sin dominerende stilling gennem en fordrejning af konkurrencen." I sag COMP/E-1/38.113 - *Prokent/Tomra*, pkt. 329 blev definitionen på de ekskluderende rabatter videreudviklet ved analytisk at blive koblet sammen med begrebet, *switching cost*, således at en rabat eller anden fordel kunne have en ekskluderende effekt, såfremt den gjorde det vanskeligt at flytte efterspørgslen væk fra den dominerende aktør.

³² Hvilket dækker over, at rabatten indrømmes på det samlede indkøb, dvs. også indkøb, som allerede er foretaget, hvorved marginalprisen i visse spænd bliver negativ.

³³ Sag C-322/81 - *N.V. Nederlandsche Banden - Industrie Michelin Mod Kommissionen*, Sml. 1983, s. 3461. Se navnlig præmis 81-86.

I forbindelse med rabatsystemet i *Michelin I* fastslog EF-Domstolen, at rabatter, der blev fastlagt på baggrund af indkøb over en forholdsvis lang referenceperiode, kunne udsætte forhandlerne for et urimeligt pres, navnlig hen imod slutningen af året, og som følge heraf være uforenelige med Artikel 82 TEF.

I præmis 85 bemærkes det herefter, at:

"I en sådan situation vil forhandlerne kunne være afskåret fra til enhver tid frit og afhængigt af markedssituationen at vælge det gunstigste af de tilbud, der fremsættes fra forskellige konkurrenters side og fra at skifte leverandør uden mærkbar økonomisk ulempe. Forhandlernes valgmuligheder med hensyn til indkøb begrænses, og konkurrenternes adgang til markedet bliver vanskeligere. Hverken et ønske om at sælge mere eller om en bedre produktionsplanlægning kan begrunde en sådan begrænsning af kundens valgfrihed og uafhængighed. Forhandlernes afhængighed i kraft af det omtvistede rabatsystem beror altså ikke på nogen økonomisk velbegrundet modydelse."

En loyalitetsskabende rabat på linie med rabatten fra *Michelin I* forelå i den danske sag, *Opel Danmarks rabatsystem*,³⁴ hvor en bonus på det samlede årlige indkøb (alene) blev indrømmet, hvis forudbestemte omsætningstal blev realiseret, ikke blot generelt, men tillige indenfor tre forskellige produktkategorier og i hvert af årets kvartaler.

Konkurrencestyrelsen fandt i forbindelse hermed, at bonusprogrammet var indrettet således, at det tilskyndede forhandlerne til at samle deres indkøb af reservedele hos Opel, hvorved alternative leverandørers adgang til markedet blev hindret.

Den markedslukkende effekt skyldes navnlig, at:

- a) sidste års indkøb automatisk dannede udgangspunkt for salgsmålene
- b) der blev anvendt en progressiv skala
- c) der kun blev indrømmet bonus, hvis måltallene inden for hver kategori og kvartal blev mødt³⁵.

Efter en dialog med Konkurrencestyrelsen ændrede Opel sit bonussystem således, at bonus blev indrømmet inden for hver kategori og kvartal selvstændigt. En i hovedlinier identisk bonus, dvs. at rabatten alene blev indrømmet, hvis samhandlen blev udvidet, blev bedømt (og fordømt) i *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske*

³⁴ *Opel Danmarks rabatsystem*, Rådsmødet den 28. november 2001.

³⁵ Pkt. 29-34.

sko.³⁶ Omvendt er kvartalsbonusser baseret på en glidende skala med begrænset progression dog anset for acceptabel.³⁷

En variation af de individuelle målrabatter, der dog har samme effekt og er blevet fordømt på linie hermed, er anvendelsen af forskellige former for top slice rabatter. Under et sådant rabatsystem indrømmes rabatten på mængder ud over en individuelt fastsat basis-mængde og kommer derved i realiteten til at vedrøre mulige ekstraindkøb, der ellers kunne være foretaget hos konkurrerende selskaber, hvorved markedet lukkes for denne. Denne problemstilling forelå fx i EU-sagerne *Soda - Solvay*³⁸ og *Irish Sugar plc.*³⁹ Top slice-rabatter udgør dog kun et misbrug, såfremt de enten har et kumulativt element eller falder indenfor rammerne af begrebet predatory pricing.⁴⁰

En tredje variation af målrabatterne og den heri indbyggede markedslukning (foreclosure) forelå i den danske sag *LK A/S grossistaftaler*,⁴¹ hvor rabatten dels forelå i form af en forudbestillingsrabat og dels en leveringsrabat, der begge indeholdt progressive elementer. Mens den første alene blev indrømmet på baggrund af varer, som blev bestilt for det kommende år inden den 30. november, blev den anden indrømmet frigjort for omkostningsbesparelserne hos den dominerende virksomhed. Som en tredje rabat, der dog støttede forudbestillingsrabatten, blev der indrømmet en rabat på merkøb, dvs. køb som ikke var angivet i forudbestillingen. Denne var dog lavere end forudbestillingsrabatten, hvorved incitamentet til at estimere og angive sit forventede indkøb for det kommende år blev opretholdt.

Konkurrencerådet fandt, at rabatsystemet, herunder navnlig forudbestillingsrabatten, var egnet til at fastlåse konkurrencesituationen, navnlig da forudbestillingen var bindende, samtidig med, at LK var involveret i estimeringen af efterspørgslen. Som følge heraf, og i fraværet af en omkostningsmæssig begrundelse,⁴² fungerede rabatten som en eksklusivaf tale,⁴³ hvilket gjorde denne uforenelig med KL § 11.⁴⁴

³⁶ *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*, Rådsmødet den 23. februar 2000. Som et interessant forhold kan det bemærkes, at køberne, kommunerne, blev fremhævet som dominerende, hvorved aftalen i realiteten var indgået mellem to dominerende virksomheder.

³⁷ Se fx *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet den 19. juni 2002, pkt. 95.

³⁸ Sag COMP/33.133 - C: *Soda - Solvay*, EFT 2003L 10/10, se navnlig pkt. 64 og 153-160.

³⁹ Sag T-228/97 – *Irish Sugar plc vs. Kommissionen*, Sml. 1999, s. II-2969.

⁴⁰ Kommissionen fremhævede dette positivt i sit oprindelige udkast til artikel 82-paper, pkt. 168-169. Synspunktet er ikke entydigt overført til den endelige udgave heraf, om end det muligvis kan genfindes i pkt. 41 (2.sætning, hvor den effektive pris defineres) sammenholdt med pkt. 43 (hvor et misbrug kobles til en prissætning under AAC).

⁴¹ *LK A/S grossistaftaler*, Rådsmødet den 20. december 2000. Afgørelsen blev 7. januar 2008, i hovedlinier, stadfæstet af Højesteret.

⁴² Formentlig har det været fraværet af en klar omkostningsmæssige begrundelse, der førte til denne vurdering. I de senere danske sager *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt. 238 og *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*, Rådsmødet den 26. Maj 2004, hvor intet misbrug blev statueret, fremhæves, til sammenligning, eksistensen af forskellige former for omkostningsmæssige begrundelser for forudbestillingsrabatten.

⁴³ Se pkt. 109-125, herunder navnlig pkt. 113.

⁴⁴ Omvendt var en forudbestillingsrabat forenelig med artikel 82 og KL: § 11 i *Daniscos salg af industrisukker – rabatordninger og terminskontrakt*, Rådsmødet den 26. Maj 2004.

I overensstemmelse med ovenstående principper blev forskellige former for markedsføringsstilskud, fordømt i den danske sag *Arla Foods rabatter og markedsføringsstilskud*,⁴⁵ mens selektive prisnedsættelser og samlerabatter blev fordømt i de ligeledes danske sager *Post Danmark I*⁴⁶ og *Scandlines rabatvilkår ved udstedelse af kombinationsbilletter til lastbiler*.⁴⁷ I alle tre sager var det den markedssekskluderende karakter af rabatterne, som første til deres rubricering som uforenelige med KL. § 11.

Endelig er uoverskueligheden af et rabatsystem fremhævet som et mulig selvstændigt misbrug, om end det normalt må antages primært at have en forstærkende effekt.⁴⁸

5.1 Rene loyalitetsrabatter - *Hoffmann La Roche* og *Michelin I* sætter standarden

De grundlæggende principper opstillet med *Hoffmann La Roche* og *Michelin I* er fastholdt og udviklet i senere praksis og indikerer generelt et yderst begrænset rum for anvendelsen af rabatter, hvis de har et loyalitetsskabende element. Det vil navnlig være tilfældet, hvis de er individuelt tilpasset og fastlægges hen over en forholdsvis lang referenceperiode, typisk mere end 3 måneder,⁴⁹ eller træder i stedet for en formel eksklusivaftale.⁵⁰ Endvidere må det tillægges betydning, om rabatten har et retroaktivt aspekt, dvs. også indrømmes på tidligere foretagne indkøb eller alene har effekt for det aktuelle indkøb.⁵¹

⁴⁵ *Arla Foods rabatter og markedsføringsstilskud*, Rådsmødet den 30. marts 2005, navnlig pkt. 70-73, hvor et markedsføringsstilskud blev sidestillet med en ikke omkostningsbegrundet rabat. Se tilsvarende den danske sag *Carlsbergs standardaftaler med horeca-sektoren*, Rådsmødet den 26. oktober 2005, bl.a. pkt. 167, hvor anvendelsen af markedsføringsstilskud forstærkede effekten af indgåede eksklusivaftaler.

⁴⁶ *Post Danmark I*, Rådsmødet den 29. september 2004. Se også EU sagen C-40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114-73 - *Suiker Unie*, Sml. 1975, s. 1663, navnlig præmis 513.

⁴⁷ *Scandlines rabatvilkår ved udstedelse af kombinationsbilletter til lastbiler*, Rådsmødet den 28. januar 1998, hvor virksomheder, der anvendte Scanlines færger, både ved passagen af Østersøen og Øresund, blev indrømmet en samlerabat.

⁴⁸ Jf. sag IV/34.621, 35.059/F-3 - *Irish Sugar plc*, EFT 1997 L 258 s. 1, pkt. 150. I den danske sag *SuperGros' samhandelsbetingelser*, Rådsmødet den 30. august 2007, pkt. 210, fremhæves et uigennemskueligt rabatsystem (alene) som et forstærkende element.

⁴⁹ Praksis har traditionelt acceptere individuelle målrabatter, hvis referenceperioden er mindre end 3 måneder, jf. Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T. Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl & Jens Schovsbo: *EU Konkurrenceret*, Djøf, 2005, s. 589. 3 måneders referenceperioden bygger reelt alene på en tilkendegivelse fra Kommissionen i tilknytning til lukningen af en sag på baggrund af et tilsagn (Coca Cola-sagen fra 1990 - se IP/90/7), men er dog gentaget i senere sager. I den danske *Opel Danmarks rabatsystem*, Rådsmødet den 28. november 2001 blev referenceperioden efter en "dialog" med Konkurrentestyrelsen ændret til et kvartal. I den senere danske sag *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet den 19. juni 2002, blev det dog konkluderet at en kvartalsrabat reelt var loyalitets skabende og derfor uforeneligt med KL § 11. Tilsvarende blev en rabat på en 3 måneders referenceperioden fundet uforenelig med artikel 82 i EU sagen sag T-228/97 - *Irish Sugar vs. Kommissionen*. Endelig blev det i den danske *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, bemærket pkt. 143, at den nærmere betydning af referenceperioden i sidste ende beror på en konkret vurdering af det enkelte rabatsystem, hvorefter det blev fastslået, at en målrabat med en referenceperiode på 12 måneder udgjorde et misbrug af dominerende stilling. 3 måneders grænsen bør derfor ikke overekspioneres.

⁵⁰ Se fx *MD Foods Amba mod Konkurrencerådet*, Konkurrenceankenævnets kendelse af 16. januar 2001, pkt. 5 - Konkurrencerådets argumentation.

⁵¹ I *Michelin I* bemærkede EF-Domstolen også, at store forskelle mellem den dominerende virksomheds og konkurrenters markedsandele kunne forstærke loyalitetseffekten.

Som udgangspunkt vil den sidste rabat ikke være loyalitetsskabende, men kan dog evt. analyseres indenfor rammerne af begrebet predatory pricing, jf. ovenfor.⁵²

Det følger endvidere af denne praksis, herunder navnlig *Michelin II*,⁵³ at begrebet rabat dækker enhver form for fordel af økonomisk værdi, en dominerende virksomhed indrømmer en samhandelspartner for at belønne dennes loyalitet.

Rækkevidden af det sidste kan formentlig illustreres ved EU-sagen *Van den Bergh Foods*⁵⁴ og den danske sag *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt*⁵⁵. I den første blev det fundet uforeneligt med Artikel 82 TEF, når der til en række fryser, der var stillet gratis til rådighed, blev knyttet en forpligtelse om, at de alene blev anvendt til leverandørens produkter,⁵⁶ mens det i den anden blev noteret, at en bonus, der kunne anvendes til ekstra indkøb, og som blev indrømmet, hvis bestemte salgsmål blev opnået, fungerede som en loyalitetsrabat, uanset at der teknisk set var tale om noget andet.⁵⁷

Den brede tilgang til rabatter med en loyalitetsskabende effekt kan også illustreres ved den danske sag *EjendomsAvisens annonceaftaler*⁵⁸, hvor det var den kumulative virkning af et parallelt netværk af aftaler med loyalitetsskabende rabatter, der blev fundet uforenelig med KL § 6.

Selv om det må anses for forkert at bedømme en rabat efter KL § 6, udgør eksistensen af et parallelt netværk af vertikale aftaler, der samlet begrænser konkurrencen, muligvis en undtagelse hertil. Hvis dette antages, reflekterer *EjendomsAvisens annonceaftaler* muligvis fortsat gældende ret.

Endelig er EU-sagen *Tomra*⁵⁹ fra 2006 værd at notere, idet Kommissionen analytisk kobler begreberne *switching cost* og *foreclosure* sammen, således at en rabat eller anden fordel kunne have en ekskluderende effekt, såfremt den gjorde det vanskeligt, at flytte efterspørgslen væk fra den dominerende aktør.

⁵² I den danske sag *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt. 143, synes det forudsat, at progressive rabatter altid er loyalitetsskabende. Afgørelsen blev dog specifikt i forhold hertil underkendt ved Konkurrenceankenævnets kendelse af 1. november 2006.

⁵³ Sag T-203/01 - *Manufacture française des pneumatiques Michelin vs. Kommissionen*, Sml. 2003, s. II-4071.

⁵⁴ Sag IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 - *Van den Bergh Foods Limited*, EFT 1998L 246/1. Kommissionens afgørelse blev stadfæstet af Retten i Første Instans i sag T-65/98 - *Van den Bergh Foods*.

⁵⁵ *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt*, Rådsmøde den 16. juni 1999, fsv. anvendelsen af KL § 6.

⁵⁶ Kommissionen fandt det i forbindelse hermed tvivlsomt, om detailhandlerne ville opstille mere end en fryser, hvormed bestemmelsen de facto fik et eksklusivt element. Se tilsvarende *Carlsbergs standardaftaler med horeca-sektoren*, Rådsmødet den 26. oktober 2005, navnlig pkt. 158.

⁵⁷ Ud over den loyalitetsskabende effekt blev et diskriminatorisk element også identificeret, idet bonussen dels kunne medføre forskelsbehandling mellem to kunder og dels lukke markedet for konkurrenter.

⁵⁸ *EjendomsAvisens annonceaftaler*, Rådsmøde den 21. juni 2000.

⁵⁹ Sag COMP/E-1/38.113 - *Prokent/Tomra*, navnlig pkt. 329

5.1.1 Hvornår kan der ske foreclosure?

Selvom en rabat ydes på det samlede køb, dvs. at den har en retroaktiv og kumulerende effekt eller på anden måde har en loyalitetsskabende karakter, er det ikke givet, at den også har en afskærmende virkning og derfor bør anses for uforenelig med Artikel 82, TEF, og KL § 11. Dette vil fx ikke være tilfældet, hvis grænsen for, hvornår der ydes rabat, er sat så lavt, at den ikke har nogen reel betydning, fx fordi rabatten alene indrømmes for mængder, der uanset hvad ville være erhvervet hos den dominerende virksomhed eller såfremt der er tale om en glidende skala med begrænset progression.⁶⁰ Omvendt gælder det, at hvis grænsen for det rabatudløsende indkøb sættes så højt, at det berører den konkurrenceudsatte del af markedet, dvs. den del som eventuelt kunne være erhvervet hos tredjepart, vil rabatten som udgangspunkt have en loyalitetsskabende effekt.⁶¹

Med henblik på at opstille nogle principper for, hvornår der reelt kan ske foreclosure, har Kommissionen i december 2008 udsendt sit Artikel 82-paper. Heri forsøger Kommissionen at opstille nogle (teoretiske) retningslinier, navnlig rettet mod at sikre, at den effektive pris for en vare eller tjeneste ikke sættes så lavt, at der sker foreclosure som følge af konkurrenternes manglende mulighed for at matche disse.⁶² I forbindelse med beregningen af den effektive salgspris sondres der mellem inkrementelle rabatter, hvor rabatten alene indrømmes for køb over et vist niveau og retroaktive rabatter, hvor rabatten også indrømmes for allerede foretagne indkøb.⁶³ I det første tilfælde beregnes den effektive pris på baggrund af det konkrete køb, mens der i det andet tilfælde tillige skal ske korrektion, såfremt dele af markedet de facto er låst til den dominerende virksomhed og derved ikke kan (tilbage)erobres. I det sidste tilfælde skal den effektive pris beregning på baggrund af det "frie marked" ("contestable share").

Når den effektive pris er beregnet, opstilles der herefter en formodningstest, i henhold til hvilket en effektiv pris, der sikrer dækning til den dominerende virksomheds *Long Run Average Incrementelle Cost*, LRAIC anses for uegnet til at medføre markedslukning mens det modsatte er tilfældet, såfremt prisen ikke dækker de *Average Avoidable Cost*, AAC. For priser der ligger imellem dette spænd gennemføres der en konkret undersøgelse.⁶⁴

⁶⁰ Jf. fx *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet den 19. juni 2002, pkt. 95.

⁶¹ Forudsat at rabatten har en vis størrelse. Hvis rabatten er ubetydelig, kan den i sagens natur ikke medføre en foreclosure, heller ikke hvis den ydes på hele købet, og den rabatudløsende grænse er sat meget højt. Ved vurderingen af betydningen af rabattens størrelse skal der endvidere tages hensyn til, om rabatten ydes på hele købet, mens kun en del af købet er konkurrenceudsat, jf. sag C-322/81 - *Michelin I*, præmis 81-82; sag T-203/01 - *Michelin II*, præmis 87-91, og sag T-219/99 - *British Airways*, præmis 272-273. Hvis dette er tilfældet, vil selv en lille rabatsats kunne have en særdeles stor betydning for den konkurrenceudsatte del af markedet.

⁶² Se pkt. 36-45. I det oprindelige udkast til Artikel 82-paper, dvs. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, pkt. 155-157 var en række andre modeller opstillede, der anvendte begreber som *Required Market Share* (RQS) og *Commercially Viable Share* (CVS). Det er ikke nærmere overvejet, om der heri ligger andre modeller for de samme underliggende spørgsmål eller en omlægning af Kommissionens analyseramme.

⁶³ Pkt. 36.

⁶⁴ Pkt. 43.

Navnlig forudsætningen om at den effektive pris i visse tilfælde skal beregnes på baggrund af en "snæver markedsopgørelse" gør det i praksis umuligt for den dominerende virksomhed at gennemføre analyserne up front. Endvidere indrømmes Konkurrencemyndighederne et næsten arbitrært skøn. Omvendt repræsenterer enhver analyseramme, uanset hvor vanskelig den må være at anvende i praksis, en bevægelse væk fra de traditionelle per se forbud imod retroaktive rabatter, jf. det tidligere gennemgåede herom.

Udover at udvise en vis forsigtighed når de opstillede modeller anvendes, bl.a. i forhold til de mange implicite skøn, fx. opgørelsen af omkostningerne,⁶⁵ markedsandele eller fastlæggelsen af begreber som contestable share, er det værd at have EF-Domstolens dom i *British Airways*⁶⁶ fra 2007 i erindringen. Selvom de stærkt faldende markedsandele indikerer en begrænset effekt, blev et misbrug statueret.

Principperne fra Kommissionens discussion paper er dog anvendt af Kommissionen i *Tomra*⁶⁷ fra 2006, hvor selskabet Tomra, bl.a. via retroaktive rabatter, de facto havde lukket markedet for returflaskeautomater i en række EU-lande.⁶⁸ Ligeledes anvendte Konkurrencerådet disse principper, herunder RQS beregningen, som en supplerende beregning i *Post Danmark III* fra 2007.⁶⁹

British Airways indikerer dog et behov for en vis forsigtighed i forhold til at overekspone den effektbaserede tilgang i praksis.⁷⁰ Hvis en anvendt rabat i øvrigt synes egnet til at lukke markedet, udgør den som udgangspunkt et misbrug af en dominerende stilling. Dette må endvidere navnlig antages at være tilfældet i forhold til traditionelle målrabatter, hvor rabatten alene indrømmes, hvis nærmere specificerede mål realiseres.

For andre rabattyper, hvor foreclosuringselementet er knap så entydigt, kan der formentligt i langt højere grad opstilles et forsvar omkring, at rabatten ikke har nogen reel effekt. En forsigtig konklusion, der synes at kunne forene den effektbaserede analyse fra Kommissionen Artikel 82-paper og den strengt formbaserede analyse i *British Airways* kunne dog være, at effektanalysen snarere end at være en egentlig misbrugsanalyse er en form for forsvar herimod. Via effektanalysen kan en adfærd, der umiddelbart synes uforenelig

⁶⁵ Såfremt en virksomhed fx producerer flere forskellige produkter eller tjenester, skal de faste omkostninger fordeles på hvert produkt eller tjeneste på baggrund af en fordelingsnøgle. Tilsvarende vil der være behov for at fordele høje initialomkostninger, således at en omkostningsopgørelse er repræsentativ.

⁶⁶ Sag C-95/04 - *British Airways vs. Kommissionen*.

⁶⁷ Sag COMP/E-1/38.113 - *Prokent/Tomra*. Indbragt for Retten i Første Instans som sag T-155/06 – *Tomra Systems m.fl. vs. Kommissionen*, EFT 2006C 190/24. Et resume af afgørelsen og de tilknyttede analyser findes hos Frank Manier-Rigaud og Dovile Vaigauskaite, *Proken/Tomra, a textbook case?*, Competition Policy Newsletter nr. 2, sommer 2006, s. 19-24.

⁶⁸ Se bl.a. pkt.131-133 samt de efterfølgende landeanalyser i pkt. 134-270, navnlig pkt. 159-166; pkt. 180-187; 218-226; pkt. 234-240 samt pkt. 264-270. Endelig sammenfattes der i pkt. 271-329, navnlig pkt. 314-329. Udover de retroaktive rabatter havde Tomra tillige anvendt egentlige eksklusivaftaler, jf. pkt. 114-130, der bl.a. blev søgt fremmet via et rabatprogram.

⁶⁹ Se navnlig pkt.335-362. I realiteten blev de underliggende marginalprisbetragtninger anvendt langt tidligere, fx i den danske *Skandinavisk Motor Co A/S - ekstrarabatsystem*, Rådsmødet den 19. juni 2002, pkt. 76.

⁷⁰ Se navnlig præmis 68-69. Det samme må formentligt udledes af *Tomra*, idet Kommissionen i realiteten syntes at have opbygget sin sag omkring en traditionel formbaseret analyse og alene anvendt effektanalyse til at afvise en påstand om, at de anvendte rabatter ikke kunne medføre foreclosure.

med Artikel 82 og KL § 11, legitimeres efter de samme retningslinier, som gælder for andre objektive og saglige begrundelser. *Tomra*-afgørelsen og den heri anvendte fremgangsmåde synes at bekræfte denne konklusion.⁷¹

5.2 Koblingsrabatter

En variation af de generelle loyalitetsrabatter er forskellige former for koblingsrabatter, hvor rabatten indrømmes, hvis komplementære produkter og tjenester aftages, og en form for bundling derved foretages.⁷²

I *Hoffmann La Roche* var indrømmelsen af en rabat blevet anvendt til at få aftagerne til at aftage hele produktsortimentet, og generelt må det forventes, at koblingsrabatter bedømmes på linie med loyalitetsrabatter, da det i begge tilfælde er den markedslukkende effekt, som er konkurrencebegrænsende.⁷³

I den danske sag *DBC medier*⁷⁴ fra 2005 blev det ligeledes fundet uforeneligt med KL § 11, når en rabat alene blev indrømmet såfremt flere produkter blev indkøbt samlet, idet der herigennem skete en ikke omkostningsmæssig begrundet sammenkædning af produkter (bundling).⁷⁵

5.3 Mængderabatter

Ud over et fællesområde i forhold til de diskriminerende rabatter har de loyalitetsskabende rabatter tillige et fællesområde i forhold til mængderabatter, der udelukkende indrømmes på baggrund af den indkøbte mængde hos den dominerende aktør og som praksis indikerer et noget større rum for anvendelsen af.

I *Hoffmann La Roche*, navnlig præmis 90, blev det således påpeget, at der skulle sondres mellem loyalitetsrabatter baseret på kundens behov eller en fast procentsats af disse behov over en bestemt periode over for mængderabatter, der udelukkende reflekterede den indkøbte mængde. Tilsvarende påpegede Retten i Første Instans i *Michelin II*, præmis 74, at der ved vurderingen af en mængderabat skulle undersøges, om rabatten udgjorde en fordel, hvortil der ikke blev leveret en modydelse af økonomisk art.

I det omfang der kan opstilles en omkostningsmæssig begrundelse for et rabatprogram, opnås der altså et langt bredere rum for anvendelsen heraf.⁷⁶ Bevisbyrden påhviler dog

⁷¹ Omvendt syntes denne form for omvendt bevisbyrde ikke at være forenelig med bevisbyrdefordelingen jf. Rådsforordning 1/2003, hvorefter denne påhviler Kommissionen.

⁷² Rabatten kan i forbindelse hermed (også) komme i konflikt med Artikel 82, litra d, dvs. forbuddet mod at koble ydelser.

⁷³ I praksis kan det dog ikke udelukkes, at muligheden for at bedømme en adfærd efter Artikel 82, litra d (tying), kan rumme nogle nuancer i forhold til bedømmelsen efter Artikel 82, litra b.

⁷⁴ *DBC medier as*, Rådsmødet den 22. juni 2005, se navnlig pkt. 132-167.

⁷⁵ Se også *Rukos markedsadfærd*, Rådsmødet den 19. december 2001, pkt. 59-64.

⁷⁶ Udgangspunktet må være en egentlig omkostningsreduktion. I *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt. 163, henvises der dog også til effektivitetshensyn, hvilket mere generelt synes at åbne for, at mere generelle fordele vil kunne inddrages under dette hensyn. Se ligeledes sag C-163/99, *Portugal vs. Kommissionen*, Sml. s. 2613, præmis 52, hvor der henvises mere generelt til "*tilført aktivitetsvolumen eller eventuelle stordriftsfordele*." Endvidere

den dominerende virksomhed.⁷⁷ Endvidere skal virksomheden fremkomme med konkrete begrundelser for de forskellige satser og trin i rabatsystemet og derved den konkrete udformning af programmet.⁷⁸

Fra *Michelin II* følger det dog, at selv mængderabatter, der gælder generelt og ydes efter en objektiv fastsat og gennemsigtig rabatskala, alligevel kan virke loyalitetsskabende. Dette vil være tilfældet, hvis:

- a) der er en betydelig forskel på rabatsatsens størrelse på de enkelte trin, således at der ydes en højere rabat på de højeste trin,
- b) rabatten ydes på baggrund af salget i en lang referenceperiode, fx et år,
- c) rabatten beregnes på grundlag af den samlede omsætning i referenceperioden i modsætning til merindkøbet for hvert omsætningstrin.⁷⁹

Som forsvar for det anvendte rabatsystem havde Michelin bl.a. henvist til en række stor-driftsfordele knyttet til en ekspansion af afsætningen, der derved indirekte reflekterede en omkostningsreduktion hos denne. Retten fandt dette argument for generelt og uspecificeret.⁸⁰

Michelin II må derfor udlægges i retning af, at selv om der alene foreligger en rabat, hvis der ikke erlægges en modydelse, fx en omkostningsreduktion, er det reelle vindue ret snævert. En rabat kan kun anses som en mængderabat forenelig med Artikel 82 TEF, hvis den reflekterer en krone for krone besparelse hos det dominerende selskab, og stordriftsfordelen derved har en lineær karakter, et forhold der sjældent vil være tilfældet i praksis⁸¹. I modsat fald bedømmes den som en loyalitetsrabat eller eventuelt som diskrimination inden for de (snævre) rammer, som gælder herfor, jf. nedenfor pkt. 6.

Derudover synes afgørelsen også at forudsætte, at det påhviler den dominerende aktør at påvise eksistensen af omkostningsmæssige begrundelser for en prisreduktion.⁸²

antages det implicit i den danske sag, *Nissan Motor Danmark A/S indfører nye rabatbetingelser*, Rådsmødet den 28. August 2002, at overgangen til ugeordrede medfører en besparelse hos Nissan Motor, der kunne omsættes i en rabat. Navnlig *Michelin II*, trækker dog i modsat retning.

⁷⁷ Jf. sag T-228/97 - *Irish Sugar vs. Kommissionen*, præmis 188, sag T-219/99 - *British Airways vs. Kommissionen*, præmis 281, og sag T-203/01 - *Michelin mod Kommissionen*, præmis 107.

⁷⁸ Jf. sag C-163/99, *Portugal vs. Kommissionen*, Sml. s. 2613, præmis 56, og *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt. 140.

⁷⁹ Se navnlig præmis 59-60 og 95.

⁸⁰ Se navnlig præmis 108-109.

⁸¹ *Michelin II* og problemstillingen er gennemgået nærmere hos Christian Roques, *CFI Judgement, Case T-203/01, Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v Commission*, ECLR 2004, s. 688-693. Udover at *Michelin II* fremstår som meget restriktiv, kan det overvejes om denne er fulgt forenelig med EF Domstolens dom i sag C-163/99, *Portugal vs. Kommissionen*, Sml. s. 2613. I præmis 52 heri, henvises mere generelt til "*tilført aktivitetsvolumen eller eventuelle stordriftsfordele*", hvilket syntes bredere end det, som blev accepteret i *Michelin II*.

⁸² Se pkt. 107-108. Et forhold, der i øvrigt ikke kan antages at være i overensstemmelse med det generelle princip om at det påhviler Kommissionen at føre bevis for eventuelle konkurrencebegrænsende effekter af adfærd, et princip der bl.a. er kommet til udtryk i Artikel 2 af procedureforordningen (Rådforordning 1/2003). Princippet er dog stadfæstet i senere

5.3.1 Mængderabatter og stordriftsfordele

Navnlig *Michelin II* indikerer, som allerede påpeget, formentlig en yderst begrænset adgang til at bruge et rabatsystem til at udvide afsætningen alene med henblik på at få realiseret en række stordriftsfordele. Navnlig indenfor for sektorer, hvor en meget stor andel af omkostningsbasen har karakter af faste omkostninger, kunne en udvidelse af kunde-basen ellers fremstå som et effektivt middel til at søge disse inddækket.⁸³

Kommissionen forsøger dog i sit Artikel 82-paper,⁸⁴ at opstille visse retningslinier for anvendelsen af rabatter ved dels at opsummere hovedlinierne i den praksis, som er skitseret ovenfor, og dels knytte en række fremadrettede bemærkninger til analyserammen, bl.a. i forhold til stordriftsfordele og netværkseffekter, samt mulighederne for at realisere disse igennem rabatsystemer, hvor der indrømmes mængderabatter.

Kommissionen sonderer i sin gennemgang navnlig mellem rabatter, der ydes til samhandelspartnere, uanset deres indkøbsmønster (ubetingede rabatter), hvilket navnlig er rabatter, der alene tilbydes udvalgte kunder (fx konkurrentens aktuelle eller potentielle kunder), og rabatter, der knyttes sammen med nærmere bestemte indkøbsmønstre (betingede rabatter), hvilket navnlig er målrabatter.

Endvidere noteres det, at rabatsystemer både kan tjene effektivitetsforbedrende og konkurrencebegrænsende formål eller begge dele. Forudsat rabatsystemet ikke har en selektiv eller diskriminerende karakter⁸⁵ og derved giver rabatsystemet en loyalitetsskabende karakter, indtager Kommissionen dog i sit paper som udgangspunkt en positiv holdning hertil, forudsat der ikke sker en markedslukning. Endvidere antages en markedslukning kun at ville ske, hvis rabatten indrømmes til en betydelig andel af aftagerne i markedet med forbehold for særligt vigtige kunder samt repræsenterer en væsentlig reduktion i forhold til listeprisen.⁸⁶

praksis, fx sag T-201/04 - *Microsoft Corp. mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber*, og syntes altså at være udtryk for en bevidst strategi fra Retten i Første Instans i forhold til fordelingen af bevisbyrden for forskellige påstande og anbringender. Højesteret syntes med sin dom af 7. januar 2008, vedr. Laurits Knudsen' rabatter, at have overført de samme principper til dansk konkurrenceret. Uanset hvad kan *Michelin II* i hvert fald udlægges i retning af, at der gælder en række strenge beviskrav, førend en omkostningsbegrundelse kan accepteres som begrundelse for at legitimere en adfærd, der objektivt begrænser konkurrencen.

⁸³ I det omfang en virksomhed har en omkostningsstruktur præget af faldende eller lave marginalomkostninger og betydelige faste omkostninger, vil det ofte være hensigtsmæssigt og nødvendigt for denne at kunne udvide produktionen til et niveau, hvor stordriftsfordele slår igennem, og inddækning af de betydelige faste omkostninger kan ske. Dette kan bl.a. indbefatte et stærkt incitament til at implementere forskellige former for rabatsystemer, der søger at maksimere aftagerens evne til at aftage produkter og tjenester.

⁸⁴ Se pkt. 36-45. I det oprindelige udkast var der dog lagt op til langt mere udførlige retningslinjer.

⁸⁵ Hvis en rabat har en selektiv karakter, fx ved kun at blive tilbudt kunderne hos konkurrerende selskaber, vil denne ofte have en strategisk karakter, og derved være uforenelig med Artikel 82 TEF. Dette forklarer formentlig Kommissionens restriktive tilgang til rabatten i sag T-228/97 - *Irish Sugar plc vs. Kommissionen*, Sml. 1999, s. II-2969, hvor rabatten navnlig var indrømmet kunder, der geografisk var placeret således, at de havde en unik adgang til at skifte til udenlandske leverandører.

⁸⁶ Se navnlig de generelle principper i pkt. 20 sammenhold med betragtningerne vedr. rabatter i pkt. 36-45.

I forbindelse med vurderingen af disse to forhold må det antages, at konkurrenterne ofte vil have behov for at opnå en vis minimumsmarkedsandel (minimum efficiency scale) for at kunne forblive på markedet, samt at rabatten ikke må føre til, at salgsprisen bliver lavere end den dominerende aktørs gennemsnitlige samlede omkostninger (Average Total Cost) ved at levere produkterne eller tjenesterne.⁸⁷

Der er en sammenhæng mellem disse to betragtninger, da ATC er afhængig af størrelsen af den kundebase, som de faste omkostninger skal fordeles ud over, hvormed standarden i realiteten er opstillet for at sikre, at en rimelig effektiv konkurrent kan forblive i markedet, samt at realiseringen af stordriftsfordele mv. ikke sker på bekostning af konkurrenterne og konkurrencen.

Legaliteten af et rabatsystem rettet mod at realisere stordriftsfordele mv. forudsætter altså, at der ikke sker markedslukning.⁸⁸

Ud over at opstille visse retningslinier for hvornår mængderabatsystemer kan have en markedslukkende effekt, opstilles der i Kommissionens Artikel 82-paper retningslinier for objektive begrundelser og effektivitetsargumenter i tilknytning til rabatter, hvilket bl.a. indfatter, at de generelle betingelser for et effektivitetsforsvar skal opfyldes.

Derudover fremhæves det specifikt,⁸⁹ at rabatter, der anvendes til at realisere besparelser, kun kan legitimeres, hvis besparelserne konkret kan eftervises, samt at rabatter på linie med egentlige eksklusivaftaler legitimt kan anvendes i tilknytning til kundespecifikke investeringer. Det er altså ifølge Kommissionen legitimt at indrømme en rabat, hvis det sker med henblik på at sikre rentabilitet af en (kommende) investering.⁹⁰

Endelig noteres det, at rabatter kan anvendes som et instrument til at imødegå markedsagt i senere omsætningsled ved at give downstream placerede selskaber med markedsagt et incitament til at øge deres efterspørgsel.⁹¹

5.4 Defensive rabatter

Det er anerkendt i teori og praksis, at virksomheder, herunder også dominerende virksomheder, har en ret til at forsvare deres kundebase, det såkaldte *meeting the competi-*

⁸⁷ Se fx det oprindelige udkast til Artikel 82-paper, pkt. 154-157.

⁸⁸ Se også Kommissionens Artikel 82-paper, pkt. 20, hvor eksistensen af forskellige former for stordriftsfordele fremhæves som et kvalificerende element.

⁸⁹ Se pkt. 45.

⁹⁰ Dette synes i overensstemmelse med Kommissionens generelle tilgang til anvendelsen af aftaler med eksklusiv elementer, jf. afgørelser som fx *Pego* (Omtalt i XXII Beretning om Konkurrencepolitikken (1993), pkt. 133a og 222), *REN/Turbogàs* (Omtalt i XXVI Beretning om Konkurrencepolitikken (1996), s. 140) og *Isab Energy mfl.* (omtalt i XXVI Beretning om Konkurrencepolitikken (1996), s. 139).

⁹¹ I forbindelse hermed antages der at ville ske en "uhensigtsmæssig" prisoptimering i det downstream placerede marked, hvormed efterspørgslen upstream begrænses, og slutaftagerne udsættes for to monopoler og derved to gange velfærdstab. Et "problem" almindeligvis omtalt som *dobbelt marginalisering*.

tion defence,⁹² overfor konkurrenterne. I forbindelse hermed kan rabatter eventuelt indgå i et sådant forsvar.

I praksis synes Kommissionen dog kun at indrømme virksomheder en begrænset adgang til at anvende rabatter for at fastholde kunderne.

I *Irish Sugar*⁹³ greb Kommissionen ind overfor et rabatsystem, hvor de største rabatter blev tilbudt de aftagere, som geografisk var placeret i yderområdet af Irish Sugars forsyningsområde (Irland), og derved mest nærliggende til at skifte til en konkurrerende sukkerproducent, såfremt denne måtte vælge at bevæge sig ind på det irske marked.

Selv om der ikke konkret var sket ekskludering af en konkurrent, blev den præventive markedslukning subsumeret under Artikel 82 TEF, også selv om rabatterne havde en form for defensiv karakter.

I *BPB*⁹⁴ blev det dog accepteret, at der skete en selektiv prisnedsættelse koncentreret til de områder, hvor der eksisterede en priskonkurrence. I forbindelse med den retlige prøvelse af sagen fandt Retten i Første Instans anledning til at påpege, at denne ret ikke kunne bære, at der skete en styrkelse af den dominerende stilling⁹⁵, hvilket indikerer et begrænset rum for anvendelsen af undtagelsen.

Den danske sag, *C.K. Chokolades samhandelsbetingelser og bonusaftaler*,⁹⁶ vedrørte et bonussystem, hvor rabat alene blev indrømmet, hvis hele efterspørgslen blev dækket hos C.K. Chokolade, samt om dette var foreneligt med KL § 6. Selv om sagen vedrører KL § 6, blev det som begrundelse for ikke at anse rabatten for problematisk bemærket, at der forelå købermagt i aftagerleddet, hvilket eventuelt også kan bruges som begrundelse for at anse et loyalitetsskabende rabatsystem for foreneligt med Artikel 82/KL § 11.⁹⁷

Samlet synes ovenstående praksis at indikere et begrænset rum for anvendelsen af rabatter defensivt, medmindre det sker med henblik på at imødegå en specifik konkurrents "aggressive" adfærd over for eksisterende kunder.

⁹² Meeting the competition-argumentet blev oprindeligt udledt af sag C 27/76 – *United Brands vs. Kommissionen*, Sml. 1978, s. 207, se præmis 189, men synes navnlig i de senere år at være blevet indskrænket væsentligt. Emnet behandles nærmere hos Casper Gammelgaard Andersen i *Konkurrenceretlig analyse af begrebet predatory pricing på baggrund af dansk- og EU-praksis*, bidrag til Udvalgte Konkurrenceanalyser, Konkurrencestyrelsen, 2005, s. 264-270, samt hos Martin Andreas Gravengaard, *Meeting competition defence-princippet – et forsvar for prisdiskrimination og predatory pricing*, UfR 2006B 137. For en negativ tilgang til behovet for og det ønskværdige i mere generelt at acceptere et meeting the competition-argument, se Cyril Ritter, *Does the Law of Predatory Pricing and Cross-subsidisation Need a Radical Rethink?* World Competition 27(4): 2004, s. 613-649, navnlig s. 627–630, samt Philip Andrews, *Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach*, ECLR 1998, s. 49-57.

⁹³ Sag T-228/97 – *Irish Sugar plc vs. Kommissionen*, Sml. 1999, s. II-2969.

⁹⁴ *BPB Industries*, EFT 1989L 10/50, pkt. 131-134.

⁹⁵ Sag T-65/89 – *BPB Industries*, Sml. 1993, s. II-389, præmis 69.

⁹⁶ *C.K. Chokolades samhandelsbetingelser og bonusaftaler*, Rådsmødet den 28. april 1999.

⁹⁷ Omvendt syntes det ikke at have påvirket bedømmelsen i *Konkurrencebegrænsninger på markedet for ortopædiske sko*, Rådsmødet den 23. februar 2000, at køber måtte anses for dominerende på købermarkedet.

5.5 Sammenfattende om loyalitetsrabatter

Aftaler med eksklusive elementer og rabatter med loyalitetsskabende effekter kan medføre lukningen af et marked generelt og et nyliberaliseret marked i særdeleshed. Praksis indikerer i overensstemmelse hermed et yderst begrænset rum for anvendelsen af begge instrumenter, også selv om der er tale om rene mængderabatsystemer.

Praksis synes dog at indrømme en vis margin i forhold til at anerkende et legitimt behov for at håndtere atypiske omkostningsprofiler, fx stordriftsfordele knyttet til faldende marginalomkostninger ved en udvidelse af produktionen/afsætningen samt meget betydelige investeringsbehov.

Tilsvarende forsøges visse retningslinier opstillet med Kommissionens Artikel 82-paper i forhold til rabatsystemer, der som udgangspunkt alene er baseret på mængderabatter, således at rabatter, der reflekterer omkostningsreduktioner hos den dominerende aktør, legalt kan anvendes.

Kommissionens Artikel 82-paper rummer dog også en række kvalifikationer til de opstillede retningslinier. Dels fremhæves det at realiseringen af stordriftsfordele ikke må medføre en markedslukning, og dels at det i sidste ende er et spørgsmål om effekten af en rabat. Såfremt denne konkret antages at kunne lukke markedet er det reelle rum for anvendelsen heraf begrænset.

6. Diskrimination

Det følger af Artikel 82, litra c, TEF, og KL § 11, stk. 3, nr. 3, at "*anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen*", dvs. diskrimination er uforenelig med Artikel 82 TEF.

Forbuddet omfatter i forbindelse hermed såvel prisrelateret som ikke-prisrelateret diskrimination og kan begrebsmæssigt antages at foreligge, hvis:⁹⁸

- a) identiske forretningspartnere behandles forskelligt, eller
- b) forskellige forretningspartnere behandles identisk.

Det afgørende er den usaglige forskelsbehandling, og at disse stilles ringere i konkurrencen,⁹⁹ jf. formuleringen af Artikel 82, litra c, TEF, (og KL § 11, stk. 3, nr. 3).

⁹⁸ Se fx sag COMP/A.36.568/D3 – *Scanlines Sverige AB vs. Port of Helsingborg*, pkt. 276, for en nyere sag, hvor dette forhold fremhæves.

⁹⁹ I dansk praksis kan der dog spores rester af en tredje form for diskrimination, der dog på sigt bør udfases, omfattende at små og mellemstore virksomheder tilbydes ringere vilkår end større virksomheder. Der synes ikke i forbindelse hermed opstillet et krav om effekt. Se nærmere nedenfor hvorfor denne form for diskrimination ikke bør håndhæves.

Som følge af den effektbaserede tilgang til misbrug annonceret med Kommissionens Artikel 82-papir må det endvidere forudsættes, at der sker en mærkbar forringelse af konkurrencen.

Den formentlig hyppigst fremkommende form for forskelsbehandling er forskelle i indrømmende rabatter, hvormed diskriminationsforbuddet får en strategisk betydning i forhold til dominerende virksomheders evner og muligheder for at anvende rabatter.

6.1 Diskrimination indgår ofte i andre former for misbrug og har en fællesmængde

Selv om Artikel 82 TEF og KL § 11 selvstændigt fremhæver diskrimination som et eksempel på misbrugsadfærd, ses det i praksis ofte, at prisdiskrimination implicit indgår i en række andre former for misbrugsadfærd, fx overpriser og predatory pricing, idet navnlig de sidste ofte vil have en selektiv og målrettet karakter, således at alene udvalgte kundesegmenter begunstiges heraf, mens de øvrige præsenteres for væsentlig ringere samhandelsvilkår og derved diskrimineres.

I EU-sager som *AKZO*¹⁰⁰ og *Tetra Pak II*,¹⁰¹ der bl.a. vedrørte predatory pricing, var prisdumpningerne koncentreret til en række horisontalt placerede nabomarkeder, hvormed kunderne på hovedmarkedet de facto blev diskrimineret. Der er dog ikke noget begrebsmæssigt, der binder *predatory pricing* sammen med *prisdiskrimination*. I praksis vil evnen til at isolere prisdumpningen til et separat marked eller udvalgte kundegrupper og derved optagelsen af et diskriminatorisk element ofte væsentligt reducere omkostningen forbundet herved, og derved fremstå som "attraktivt" for den dominerende virksomhed.

Evnen til at udøve visse former for diskrimination må derfor forventes at øge sandsynligheden for en succesfuld markedsekskludering og derved tillige sandsynligheden for, at den dominerende aktør vil finde det relevant at indlede en prisdumpning.

Endvidere ses det lejlighedsvist, at primært offentligt ejede selskaber forsøger at begunstige nationale eller lokale selskaber, der er aktive på et afledt marked, på bekostning af

¹⁰⁰ Sag C-62/85, *AKZO vs. Kommissionen*, Sml. 1991, p. I-3359.

¹⁰¹ Sag 333/94P – *Tetra Pak International SA vs. Kommissionen*, Sml. 1996, s. I-5951,

udenlandske eller ikke-lokale selskaber,¹⁰² og at privatejede selskaber implementerer geografisk betinget forskelsbehandling.¹⁰³

Som konsekvens heraf har diskriminationsforbuddet et fællesområde i forhold til andre former for misbrugsadfærd og indre markedsreglerne.¹⁰⁴

Forståelsesmæssigt kan det derfor være relevant at sondre mellem:

⇒ Primærdiskrimination (primary-line discrimination), hvor den diskriminatoriske adfærd er rettet mod ekskluderingen af en konkurrent på samme marked eller omsætningstrin, fx anvendelsen af selektive prisdumpninger overfor dennes aktuelle eller potentielle kunder eller indgåelsen af forskellige former for single branding-aftaler med disse.

overfor

⇒ Sekundærdiskrimination (secondary-line discrimination), hvor diskriminationen sker mellem forretningspartnere på et afledt marked placeret vertikalt eller horisontalt¹⁰⁵, der som følge af diskriminationen stilles forskelligt i konkurrencen, og hvor der sker en kombination af udnyttelse og ekskludering samt eventuel national eller geografisk betinget diskrimination. Den ene "forretningspartner" kan eventuelt være et datterselskab eller et koncerninternt aktivitetsområde, jf. nedenfor.

Selv om den sproglige formulering af Artikel 82, litra c, TEF og KL: § 11, stk. 3, nr. 3, jf. ordlyden af forbuddet, "*anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen*", alene synes at omfatte den usaglige forskelsbehandling mellem to egentlige forretningspartnere, falder primærdiskrimination dog også indenfor - et forhold fastslået forholdsvis tidligt med EU-sager som

¹⁰² Se fx sag C-18/93 - *Corsica Ferries Italia Srl vs. Corpo Dei Piloti Del Porto Di Genova*, Sml. 1994, s. I-1783, hvor lodsforeningen i Genova havn, som havde eneret til at levere lodstjenester, havde implementeret tariffer, der begunstigede skibe, der sejlede under italiensk flag. EF-Domstolen fastslog på baggrund af det præjudicielle spørgsmål forelagt den, at den udviste adfærd var uforenelig med Artikel 86, jf. Artikel 82, litra c, TEF. Se navnlig præmis 45. Parallelle eksempler på forsøg på at begunstige "nationale" selskaber igennem diskrimination kan findes i sager som sag 95/364/EF: *Kommissionens beslutning af 28. juni 1995 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 90, stk. 3 (Bruxelles-National lufthavnen)*, EFT 1995L 216/8, og sag IV/35.703 - *Portugisiske lufthavne*, EFT 1999L 69/31, samt de to danske afgørelser, *forespørgsel om lovligheden af takstdifferentiering på færgepriser*, Rådsmøde den 26. maj 1999, og *fastlæggelse af færgetakster*, Rådsmøde den 16. december 1998.

¹⁰³ Se sager som fx sag C-27/76 - *United Brands Company*, sag 333/94P - *Tetra Pak*, sag T-228/97 - *Irish Sugar plc vs. Kommissionen*, Sml. 1999, s. II-2969, og sag C-226/84 - *British Leyland Public Limited Company vs. Kommissionen*, Sml. 1986, s. 3263, for eksempler på geografisk betinget diskrimination uforenelig med Artikel 82, litra c.

¹⁰⁴ Formentlig er en række sager omkring nationalitetsbegrundet diskrimination "fejlagtigt" behandlet efter Artikel 82, litra c, upåagtet af at de retligt vedrørte det indre marked og som følge heraf burde være behandlet efter disse regler.

¹⁰⁵ Horisontal diskrimination kan fx antages at foreligge, hvis to produkter bundles og sælges samlet, således at aftagere, der alene ønsker at aftage det ene produkt, diskrimineres i forhold til dem, som aftager dem begge.

Suiker Unie og *Hoffmann-La Roche* fra henholdsvis 1975 og 1979 og fastholdt i nyere praksis såsom *Michelin II* fra 2003¹⁰⁶ og den danske sag *Post Danmark I*,¹⁰⁷ fra 2004.

De to diskriminationsformer, primær- og sekundærdiskrimination, kan i øvrigt ikke antages at være indbyrdes udelukkende, og i praksis kan begge former foreligge parallelt. I *BPB Industries Plc og British Gypsum Ltd*¹⁰⁸ var et rabatprogram fx blevet tilbagetrukket i forhold til de aftagere, som også aftog leverancer fra en ny konkurrent til den dominerende aktør og udvidet i forhold til dem, som forblev loyale.

Retten i Første Instans noterede i præmis 119, at:

"En sådan praksis havde på grund af sin diskriminerende karakter klart til formål at straffe grossister, der agtede at importere gipsplader, og afholde dem fra at gøre dette og således gøre BG's stilling på gipsmarkedet endnu stærkere."

I realiteten kan der altså deduceres både primær- (*gøre BG's stilling på gipsmarkedet endnu stærkere*) og sekundærdiskrimination (*straffe grossister, der agtede at importere gipsplader*). Sondringen er altså alene af forståelsesmæssig karakter og repræsenterer ikke doktrinære forskelle¹⁰⁹.

Kerneområdet for diskriminationsforbuddet i Artikel 82, litra c, TEF, (og KL § 11, stk. 3, nr. 3), i hvert fald teoretisk, må dog antages at være sekundær diskrimination, da primærdiskrimination tillige kan subsumeres under Artikel 82, litra b, TEF (og KL § 11, stk. 3, nr. 2).

Ud over primær- og sekundærdiskrimination kan der i EU-praksis udsondres en praksis, der knytter sig til nationalitetsorienteret diskrimination. Som udgangspunkt er denne form for diskrimination "fejlplaceret" under Artikel 82, jf. nærmere nedenfor. Visse sammenfattende linier opstilles dog nedenfor.

¹⁰⁶ I sag COMP/38.745 - *BdKEP/Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*, pkt. 93 fastslår Kommissionen at *"The wording [of Article 82] covers three types of discrimination, the first two of them exclusionary and the last one exploitative: (i) the customer of the dominant firm is placed at a competitive disadvantage vis-à-vis the dominant firm itself; (ii) in relation to other customers of the dominant firm; or (iii) the customer suffers commercially in such a way that its ability to compete in whatever market is impaired. It is obvious that type (i) and (iii) do not require a competitive relationship between the two comparator groups."* Der er ikke begrebsmæssige og indholdsmæssige forskelle mellem Kommissionens angivelser og de ovenfor valgte sondringer, idet der jf. nærmere nedenfor pkt. 6.2.1, litra d ikke lægges vægt på identifikationen af en konkret konkurrencesituation mellem to virksomheder.

¹⁰⁷ *Post Danmark I* (*Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling*), Rådsmødet den 29. september 2004.

¹⁰⁸ Sag T-65/89 – *BPB Industries Plc og British Gypsum Ltd vs. Kommissionen*, Sml. 1993, s. II-389.

¹⁰⁹ Se tilsvarende sag T-219/99- *British Airways plc vs. Kommissionen*, Sml. 2003, s. II-5917, og *Forbruger-Kontakts klage over Post Danmarks misbrug af dominerende stilling*, Rådsmødet den 29. september 2004. Den sidste indeholder i pkt. 128-185 en redegørelse for begreberne primær- og sekundærdiskrimination samt deres tilknytning til den faktiske retsanvendelse.

6.2 Uklar analyseramme

Selv om diskrimination falder inden for det, der må anses for at være kerneområdet for anvendelsen af Artikel 82 TEF, er praksis fyldt af en række uklarheder, hvortil kommer at evnen til at prissætte forskelligt på tværs af markeder og kundesegmenter, dvs. at diskriminere i en række situationer, antages at være velfærdsmaksimerende.¹¹⁰

Endvidere kan diskrimination i tilknytning til atypiske omkostningsstrukturer og stordriftsfordele fremstå som et instrument rettet mod at sikre det generelle udbud og forsynings-sikkerheden samt at få inddækket afholdte investeringer, idet evnen til at gøre forskel på kunderne kan medvirke til, at den samlede afsætning øges.¹¹¹

Navnlig virksomheder pålagt forskellige former for Public Service/Universal Services-forpligtelser kan derfor forsøge at legitimere anvendelsen af diskrimination under henvisning hertil, forudsat der ikke er opstillet sektorspecifikke regler og kompensationsmodeller.

I realiteten vil diskrimination ofte være en kommercielt hensigtsmæssig disposition, der kun vanskeligt kan antages at adskille sig fra den normale forretningsdisposition eller realiseringen af kommercielle fordele knyttet til positionen som dominerende aktører, kendetegnet ved henholdsvis den ekskluderende og udnyttende misbrugsadfærd.

Det bør heller ikke overses, at den historiske baggrund for diskriminationsforbuddet i Artikel 82, litra c, og de parallelle danske regler formentligt har været et ønske om at beskytte små og mellemstore virksomheder fra at blive tilbudt ringere vilkår end større kunder. Bestemmelsen har altså et betydeligt socialpolitisk indhold, der ligger langt fra konkurrencerettens grundlæggende ønske om at beskytte forbrugervelfærden og den effektive ressourceanvendelse.

Ikke overraskende er rammen for at analysere eventuelle konkurrenceskadelige effekter med karakter af diskrimination flimret, og praksis på en række punkter uklar. Derudover kan et vidtgående forbud mod diskrimination og forskelsbehandling direkte være konkur-

¹¹⁰ Den økonomiske teori sonderer mellem forskellige former for prisdiskrimination omtalt som prisdiskrimination af 1., 2. og 3. grad, som dækker over forskellige former for kunde- og markedsopdelinger på baggrund af betalingsevne og priselasticitet samt kvantitative rabatter. Opdelingen og diskriminationen er i forbindelse hermed navnlig rettet mod at maksimere producentvelfærden, men antages i en række situationer tillige at ville forbedre forbrugervelfærden, idet det samlede output øges, og kundesegmenter, der anses for mindre lønsomme, tillige forsynes. Se fremstillinger som Robert S. Pindyck og Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics, fifth edition*, Prentice Hall 2001, s. 371-381, Simon Bishop og Mike Walker i *The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2002, s. 194-205, Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, s. 491-511, for mere om prisdiskrimination og velfærdskonsekvenserne.

¹¹¹ Se Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, s. 495-497, og Derek Ridyard, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis*, ECLR 2002, s. 286-303, navnlig s. 287 om incitamentet og velfærdskonsekvenserne knyttet til prisdiskrimination.

renceskadelig, idet en begrænsning af muligheden for legalt at konkurrere på prisen kan virke fremmende for tendenser til collusion.¹¹²

Det må dog antages, at forskelsbehandling, saglig eller usaglig, forudsætter evnen til at estimere kundernes evne og vilje til at betale samt at forhindre gensalg mellem disse.¹¹³

6.2.1 Hovedlinierne i kravene kan dog hentes i Artikel 82, litra c, TEF

En række yderligere betingelser af retlig karakter kan ekstraheres direkte fra formuleringen af Artikel 82, litra c, TEF, der opstiller fire krav for at kvalificere en forskelsbehandling, som er uforenelig med Artikel 82, omfattende.¹¹⁴

- a) Anvendelse af ulige vilkår: Den usaglige forskelsbehandlings nærmere karakter er irrelevant, dvs. prisbaseret eller ikke prisbaseret. Det afgørende kriterium for at bringe bestemmelsen i anvendelse er den selektive indrømmelse af fordele af økonomisk karakter til udvalgte handelspartnere på bekostning af andre, hvilket kan omfatte forskellige former for selektive og ikke omkostningsbegrundede rabatter¹¹⁵, tying¹¹⁶, forhøjede eller uniforme priser¹¹⁷ eller andre former for begunstigelser, eventuelt alene af tidsmæssig karakter, der rummer en økonomisk værdi. I praksis er det dog navnlig anvendelsen af ikke-omkostningsbestemte rabatter med loyalitetsskabende elementer, der har foreligget til bedømmelse og givet anledning til "problemer".
- b) Ydelser af samme værdi: Kravet om ligebehandling forudsætter, at situationer og vilkår kan sammenlignes og fordrer altså en sammenligning af leveringsbetingelser-

¹¹² Navnlig hvis markedet allerede har tendenser hertil, hvilket navnlig vil være tilfældet, hvis konkurrenceformen er oligopolistisk og virksomhederne forholdsvis identiske i forhold til omkostninger og strukturer, jf. Damien Geradin og Nicolas Petit, *Price Discrimination under EC Competition Law: The need for a case-by-case Approach*, GCLC Working Paper 07/05, s. 22-23, samt *Retningslinjer for vurdering af horisontale fusioner efter Rådets forordning om kontrol med fusioner og virksomhedsovertagelser*, EFT 2004C 31/5, pkt. 48.

¹¹³ Enten som følge af omkostninger forbundet hermed, fx transportomkostninger mv., eller igennem aftalemæssige restriktioner herpå.

¹¹⁴ Eksemplerne i Artikel 82, inklusiv artikel 82, litra c) er ikke udtømmende og ordlyden af Artikel 82, litra c) begrænser derfor ikke direkte indholdet af det konkurrenceretlige diskriminationsbegreb, om end det udgør et naturligt udgangspunkt for fastlæggelse heraf.

¹¹⁵ Se fx de forenede sager C- 40-48, 50, 54-56, 111, 113 og 114-73 - *Suiker Unie*, Sml. 1975, s. 1663, navnlig præmis 522, hvor en selektiv rabat kun blev ydet, hvis hele efterspørgslen blev placeret hos den dominerende aktør, hvilket EF-Domstolen fandt diskriminerende. Generelle og objektive mængderabatter antages dog normalt at være forenelige med Artikel 82 TEF, jf. sag IV/34.621 - *Irish Sugar plc*, EFT 1997L 258/1, pkt. 153.

¹¹⁶ I sager som sag T-30/89 - *Hilti*, Sml. 1991, s. II-1439, og sag IV/30.178 - *Napir Brown - British Sugar*, EFT 1988L 284/41, hvor der dog ikke refereres til Artikel 82, litra c, fordømmes forskellige former for bundling af produkter og tjenester, og den manglende indrømmelse af en rabat eller prisreduktion, såfremt produkterne blev købt separat. Samme problemstilling forelå i sag IV/34.073, IV/34.395 og IV/35.436 - *Van den Bergh Foods Limited*, EFT 1998L 246/1, hvor is og isfrysere blev bundtet sammen og ingen rabat ydet, hvis isen blev købt separat.

¹¹⁷ Uniforme priser, dvs. identiske priser, kan være diskriminerende, hvis de ikke tager hensyn til, at forskellige kundetyper bør tilbydes forskellige prisvilkår, fx kvantumrabatter ved storindkøb eller afhentning af lager mv.

ne samt en vurdering af, om der i tilknytning hertil stilles særkrav eller pålægges særtillæg, der medfører, at sammenlignelige kunder opnår forskellige vilkår, eller om samme vilkår efter omstændighederne anvendes overfor forskellige kunder.

I *United Brand*¹¹⁸ og *Tetra Pak II*¹¹⁹ blev anvendelsen af geografisk betingede prisforskelle, fx fundet uforenelig med Artikel 82, litra c, TEF, da disse medførte, at sammenlignelige kunder blev behandlet forskelligt.¹²⁰ Tilsvarende fandt Konkurrencerådet i *Afhentning af økologisk mælk på Samsø*,¹²¹ at der forelå diskrimination, når alene økologiske mælkeproducenter blev opkrævet en ekstrabetaling som følge af placeringen i et geografisk yderområde.

Modsat blev det noteret i den danske sag, *Klage over prisdiskriminering*,¹²² at to kunder ikke kunne sammenlignes grundet forskelle i størrelsen af de ordrer, de afgav, og derved omkostningerne hos den dominerende aktør.

Implicit i *Afhentning af økologisk mælk på Samsø* synes dog at ligge en antagelse om, at der ikke foreligger diskrimination, når Arla pålagde alle mælkeproducenter det samme gebyr for afhentningen af mælk uanset deres geografiske placering og de derved tilknyttede omkostninger. Selv om afgørelsen alene foreligger som et resume, kan den muligvis udlægges til støtte for, at der under dansk ret legalt kan opstilles en udligningsordning mellem virksomheder, således at deres pris og vilkår er identiske uanset forskelle i de tilknyttede samhandelsomkostninger, forudsat ordningen har en generel og bred karakter, dvs. ikke er rettet mod en enkelt virksomhed.

Ud over selve prisen kan eventuelle tidsfaktorer, dvs. prioriteret over for forsinket levering mv., længden af en indrømmet kredittid eller betalingsfrist eventuelt inddrages, da tidsfaktoren må antages at rumme en økonomisk værdi.

Diskrimination er dog ikke kun et spørgsmål om at behandle identiske forretningspartnere identisk, men også at behandle forskellige forretningspartnere forskelligt. I *British Sugar/Napir Brown*¹²³ var der bl.a. opstillet en række leveringsvilkår, der ikke tog hensyn til, om aftagerne af industrisukker selv kunne afhente dette hos produ-

¹¹⁸ Sag C-27/76 – *United Brands Company og United Brands Continentaal BV vs. Kommissionen*, Sml. 1978, s. 207. Se navnlig præmis 234.

¹¹⁹ Sag 333/94P – *Tetra Pak International SA vs. Kommissionen*, Sml. 1996, s. I-5951, med forudgående afgørelse fra Retten i Første Instans, T-83/91 – *Tetra Pak International Sa Vs. Kommissionen*, Sml. 1994, s. II-755. Spørgsmålet om diskriminatoriske priser blev ikke indbragt for EF-Domstolen. Retten i Første Instans' kvalificering af adfærden som uforenelig med Artikel 82, litra c, fremgår af præmis 170-173 i dennes dom.

¹²⁰ Se også sag T-228/97 – *Irish Sugar plc vs. Kommissionen*, Sml. 1999, s. II-02969, og sag C-226/84 – *British Leyland Public Limited Company vs. Kommissionen*, Sml. 1986, s. 3263, for eksempler på sager, hvor forskellige former for rabatter og særtillæg synes at have haft til formål at fragmentere det indre marked og den frie bevægelighed, og hvor Artikel 82, litra c, blev bragt i anvendelse heroverfor.

¹²¹ *Afhentning af økologisk mælk på Samsø* – Rådsmøde den 26. september 2001.

¹²² *Klage over prisdiskriminering*, Rådsmødet den 26. august 1998.

¹²³ Sag IV/30.178 – *Napir Brown – British Sugar*, EFT 1988L 284/41, hvor der dog ikke henvises til Artikel 82, litra c.

centen, hvormed en konkurrent på det afledte marked væsentligt blev afskåret fra at realisere en række stordriftsfordele, der kunne have gjort denne konkurrencedygtig i forhold til den dominerende aktør.

Afgørende for bedømmelsen efter Artikel 82 TEF bliver derfor navnlig, hvornår forretningspartnere kan antages at være sammenlignelige,¹²⁴ samt hvor store forskelle der må gøres imellem disse. Det sidste har betydning, da prissætning med udgangspunkt i kundernes prisfølsomhed, dvs. villighed og evne til at betale, i visse situationer antages at være velfærdsmaksimerende.¹²⁵

Selv om både Kommissionen og Domstolen generelt fandt geografisk betingede forskelsbehandlinger uforenelige med Artikel 82, litra c, TEF, i *United Brand*,¹²⁶ blev visse former for geografisk betinget forskelsbehandling dog legitimeret, idet det blev påpeget, at "*det er ikke unormalt at forskelle med hensyn til transportomkostninger, afgifter, told, arbejds løn, markedsføringsvilkår, forskelle i valutakurser og intensiteten i konkurrencen kan føre til forskelligt prisniveau ved videresalg i detaileddet i de forskellige medlemsstater....*".

Ud over at fastslå at kunder placeret i forskellige lande og områder ikke ubetinget kunne sammenlignes, er det navnlig den sidste kvalificering "*intensiteten i konkurrencen*", der er interessant ved at indikere, at forskelle i konkurrencesituationen på det afledte marked kan føre til, at kundegrupper ikke ubetinget kan sammenlignes, da de må antages at have forskellige grader af prisfølsomhed.

Dette forhold blev mere generelt accepteret, i hvert fald i princippet, i *Deutsche Bahn*,¹²⁷ således at det ikke udgør diskrimination under Artikel 82 TEF, hvis der ved prissætningen for et produkt eller en tjeneste tages hensyn til konkurrencesituationen og konkurrencepresset på det afledte marked¹²⁸ og derved aftagernes beta-

¹²⁴ I sag C-77/77 - *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij Bv mfl. vs. Kommissionen*, Sml. 1978, s. 01513, blev visse former for præferencebehandling af stamkunder fx accepteret. Se præmis 32.

¹²⁵ I teorien er det navnlig adgangen til at anvende Ramsey-baserede priser, der har givet anledning til overvejelser, idet fællesomkostningerne under disse fordeles med udgangspunkt i produkternes priselasticitet, således at produkterne med den største prisfølsomhed belastes mindst og omvendt. Ramsey-priserne er udviklet i forbindelse med reguleringen af offentlige forsyningsselskaber og antages at udgøre en hensigtsmæssig tilnærmelse til den måde, hvorpå der prissættes på et effektivt og konkurrencepræget marked, jf. Ole Jess Olsen, *Reguleringen af offentlige forsyningsvirksomheder i Danmark*, DJØF, 1993, s. 79, Simon Bishop og Mike Walker i *The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2002, s. 199, samt Derek Ridyard, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis*, ECLR 2002, s. 288.

¹²⁶ Se præmis 228.

¹²⁷ T-229/94 - *Deutsche Bahn AG vs. Kommissionen*, Sml. 1997, s. II-1689.

¹²⁸ Se præmis 91, hvor det bemærkes, at "*Selv om det nemlig skulle være rigtigt, at den skarpere konkurrence mellem de forskellige transportmidler på de vestlige stækninger kunne begrunde en prisforskel, må det konstateres, at dette ud fra et forretningsmæssigt synspunkt logisk set alene kunne medføre en forskel til gunst for de takster, som blev anvendt på de vestlige strækninger.*" I sit oprindelige udkast til Artikel 82-paper, dvs. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pkt. 141, antog Kommissionen at selektiv prissætning, der tager ud-

lingsevne.¹²⁹ Ligeledes accepterede Kommissionen, indirekte, mere generelt at efterspørgselsrelateret forhold kunne legitimere prisforskelle i *Scanlines Sverige AB vs. Port of Helsingborg*.¹³⁰ Kommissionen har dog i sit Artikel 82-paper forsøgt at "kvalificere" spørgsmålet ved at påpege, at opstillingen af forskellige priser, dog i forening med betydelige switching cost, der "låser" kunderne, vil kunne udgøre udnyttende adfærd, in casu overpriser.¹³¹

- c) Over for handelspartner: Forbuddet med diskrimination omfatter, som tidligere påpeget, såvel begunstiggelse af egne aktiviteter på et afledt marked som forskelsbehandling mellem forskellige aktører på dette marked¹³² samt visse former for adfærd, der i realiteten slet ikke er rettet mod dem, som diskrimineres, men derimod at få ekskluderet en horisontal og umiddelbar konkurrent.

Fælles for subsumeringen af både primær og sekundær diskrimination under Artikel 82, litra c, TEF, må dog være identifikationen af en konkurrencesituation, eventuelt alene af hypotetisk karakter, mellem de begunstigede og ikke-begunstigede på det afledte marked eller i forhold til den virksomhed, der forsøges ekskluderet via diskriminationen, idet konkurrencen i modsat fald ikke kan antages at blive forstyrret som følge af forskelsbehandlingen.¹³³

gangspunkt i slutbrugerens evne til at betale, kan udgøre udnyttende adfærd. Tilsvarende betragtninger fremføres i *Meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren - Rammebestemmelser, relevante markeder og principper*, EFT C 1998 265/2, pkt. 120.

¹²⁹ Se tilsvarende sag IV/34.621, 35.059/F-3 - *Irish Sugar plc*, EFT 1997L 258/1, hvor det i pkt. 146 bemærkes under henvisning til *United Brand*, at "*Irish Sugar har hævdet, at praksis med ikke at tilbyde rabatter til konkurrerende sukkerpakkerier ikke udgjorde misbrug, eftersom pakkerne »ikke kan komme til at stå ringere i konkurrencen med andre industrikunder, da de ikke konkurrerer med dem«*. Dermed ser *Irish Sugar* bort fra Domstolens afgørelse i *United Brands-sagen*, nemlig at det er samspillet mellem udbud og efterspørgsel mellem sælger og køber og ikke samspillet mellem udbud og efterspørgsel på det marked, som køberen opererer på, der skal tages hensyn til ved vurderingen af, om der har fundet forskelsbehandling sted. Sukkerpakkerne købte nøjagtig samme produkt, nemlig bulk-sukker, hos *Irish Sugar* som *Irish Sugars* øvrige kunder, og de købte det på samme standardvilkår for salg og levering." Denne betragtning må ligeledes mere generelt udlægges således, at der ved bedømmelsen af en adfærd og dennes forenelighed med diskriminationsforbuddet skal tages udgangspunkt i konkurrencesituationen mellem den dominerende aktør og den enkelte kunde og den sidstes efterspørgselsfunktion, jf. referencen til udbud/efterspørgsel.

¹³⁰ sag COMP/A.36.568/D3 – *Scanlines Sverige AB vs. Port of Helsingborg*, pkt. 241. Denne del af sagen vedrørte anvendelsen af overpriser, men kan rimeligvis mere generelt overføres til diskrimination.

¹³¹ Jvf. fx. det oprindelige udkast til Artikel 82-paper, dvs. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pkt. 141.

¹³² Det fremgår ikke entydigt af litra c, at denne sidestiller koncerninterne leverancer med leverancer til tredjemand. I praksis er en sådan standard dog udviklet, jf. bl.a. sag 33.941 - *HOV SVZ/MCN*, EFT 1994L 104/34, navnlig pkt. 245–247, samt sag C-260/89 - *Elliniki Radiophonia*, Sml. 1991, s. I-2925, navnlig præmis 36-38, hvor forbuddet mod begunstiggelse af egne aktiviteter på det forbundne marked fremhæves.

¹³³ Eventuelt kan adfærden have karakter af en præventiv markedslukning, hvormed konkurrencesituationen kan have en hypotetisk og potentiel karakter. Der stilles endvidere ikke krav om et direkte kontraktforhold mellem den dominerende virksomhed og dem, som rammes af diskriminationen, jf. sag COMP/C-1/36.915 - *Deutsche Post AG*, EFT 2001L 331/40, pkt. 130-132.

I *Tiercé Ladbroke*¹³⁴ blev en forskelsbehandling i forhold til manglende meddelelse af licens til en aktør på det belgiske marked afvist under henvisning til, at der ikke var en konkurrencesituation i forhold til en række aktører i bl.a. Tyskland, som havde opnået licens.¹³⁵ Tilsvarende forelå der ikke en diskriminerende rabat i den danske sag *Klage over taksterne ved lastning af olie ved Fredericia Havn*,¹³⁶ idet Konkurrencerådet ikke fandt at der forelå en konkurrencesituation mellem de skibe, som blev tilbudt forskellige vilkår.

I sidste ende er spørgsmålet om konkurrencesituationen dog navnlig et spørgsmål om, hvordan det relevante marked afgrænses,¹³⁷ idet udgangspunktet må være, at parterne, der rammes af diskriminationen, skal være aktive på det samme (geografiske) produktmarked.¹³⁸ I det omfang to adskilte markeder på sigt kan antages at smelte sammen, kan anvendelsen af forskellige vilkår i forhold til selskaber, som er aktive på disse to, dog efter omstændighederne udgøre diskrimination.¹³⁹

- d) Som derved stilles ringere i konkurrencen: Det følger direkte af formuleringen af Artikel 82, litra c, TEF, men vil i princippet også følge mere generelt af de underliggende hensyn i det konkurrenceretlige begrebsapparat, at der skal ske en negativ påvirkning af konkurrencen og konkurrencesituationen som følge af forskelsbehandlingen.¹⁴⁰

Den nærmere kvalificering af standarden er vanskelig, og generelt synes spørgsmålet ikke at være tillagt større betydning i praksis, hvis de øvrige betingelser er opfyldt.¹⁴¹ I stedet fokuseres der i praksis på eksistensen af eventuelle objektive be-

¹³⁴ T-504/93 – *Tiercé Ladbroke vs. Kommissionen*, Sml. 1997, s. II 923.

¹³⁵ Se også sag COMP/38.096 - *PO/Clearstream (Clearing and settlement)*, pkt. 311.

¹³⁶ *Klage over taksterne ved lastning af olie ved Fredericia Havn*, Rådsmødet den 26. Marts 2003.

¹³⁷ Se Valentine Korah, *The Ladbroke Saga*, ECLR 1998, s. 169-176.

¹³⁸ Subsumeringen af national diskrimination under Artikel 82, litra c, rummer dog et paradoks i forhold hertil, idet der netop ikke kan antages at eksistere en konkurrencesituation mellem to selskaber placeret på geografisk adskilte markeder. Derudover blev det fx i sag IV/36.888 – *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, EFT 1998L 55/5, fundet uforeneligt med Artikel 82, at arrangørerne havde begunstiget franske tilskuere ved fordelingen af billetterne til VM i fodbold i 1998 og derved diskriminerende mellem slutbrugere. Under henvisning til sag C-6/72 – *Continental Can* antog Kommissionen dog, at der ikke kunne opstilles et krav om en *konkurrenceskade*, når adfærden var rettet direkte mod forbrugerne. Se i øvrigt nærmere herom hos Pinar Akman, *To Abuse, or not to Abuse: Discrimination between Consumers*, CCP Working Paper 06-18 (November 2006), der dog påpeger en betydelig uklarhed i Kommissionens praksis.

¹³⁹ Jf. *meddelelse om anvendelsen af konkurrencereglerne på aftaler om netadgang i telesektoren - Rammebestemmelser, relevante markeder og principper*, EFT C 1998 265/2, pkt. 121.

¹⁴⁰ I sag COMP/38.096 - *PO/Clearstream (Clearing and settlement)*, pkt. 302, bemærker Kommissionen, at "*The existence of discrimination therefore presupposes that the condition be dissimilar, that transactions – in this case, the services provided – be equivalent, and the through its behaviour the dominant undertaking places trading parties at a competitive disadvantage.*"

¹⁴¹ Jf. Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl & Jens Schovsbo. *EU Konkurrenceret*, Djøf, 2005, s. 626-627, *Faull & Nikpay*, s. 176, Damien

grundelser for forskelsbehandlingen,¹⁴² hvilket navnlig kan være forskelle i omkostningerne¹⁴³. Selv om det sidste kan udgøre en ventil, der samlet fører til et hensigtsmæssigt resultat, er *påvirkning af konkurrencen* og *objektiv begrundelse* to forskellige ting, og manglende analyse af det første spørgsmål synes ikke forenelig med misbrugsbegrebets objektive karakter.¹⁴⁴

Der må dog kunne opstilles som generel betingelse, at diskriminationen udøves i forhold til leveringen af en vare eller tjeneste, som har en nødvendig karakter for adgangen til det afledte marked,¹⁴⁵ samt at der kan identificeres betydelige adgangsbarrierer, der hindrer virksomheden ramt af diskriminationen fra selv at kopiere den dominerende aktørs forretningsmodel.¹⁴⁶

Endelig må det kunne kræves, at diskriminationen udøves i forhold til leveringen af en vare eller en tjeneste, der repræsenterer en væsentlig andel af værdien af fær-

Gerardin, *Price Discrimination under Article 82(c) EC: Clearing up the Ambiguities*, GCLC Research papers on Article 82 EC, s. 122-123, samt Gunnar Niels & Helen Jenkins, *Reform of Article 82: Where the Link Between Dominance and Effects Breaks Down*, ECLR 2005, s. 608. Fraværet af et entydigt krav om en konkurrencepåvirkning skal formentlig ses i tilknytning til den forholdsvis omfattende praksis, der i realiteten vedrører primærdiskrimination, og hvor adfærden i realiteten begunstiger den umiddelbare samhandelspartner på bekostning af konkurrenterne. Fraværet af kravet skal muligvis også ses i forlængelse af den objektive karakter af misbrugsbegrebet og den begrænsede analyse af effekten heraf, hvis en adfærd er egnet til at påvirke konkurrencen. Kommissionen understreger dog direkte i sag COMP/38.745 - *BdKEP/Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*, pkt. 93 at en konkret konkurrencesituation ikke fordres.

¹⁴² Damien Gerardin, *Price Discrimination under Article 82(c) EC: Clearing up the Ambiguities*, GCLC Research papers on Article 82 EC, s. 123-125.

¹⁴³ I *Klage over Post Danmarks prisforhøjelse på distriktsbladsomdelingen* blev det fx påpeget, at der bestod visse forskelle i omkostningerne knyttet til levering af distriktsblade i henholdsvis byerne og på landet, hvilket bl.a. støttede, at der ikke forelå diskrimination uforenelig med KL § 11. Se tilsvarende *Nissan Motor Danmark A/S indfører nye rabatbetingelser*, Rådsmødet den 28. August 2002, hvor det blev antaget at overgangen til ugeordre kunne omsættes i en rabat uden at dette ville være diskriminerende.

¹⁴⁴ I sag IV/D-2/34.780 - *Virgin/British Airways*, EFT 2000L 30/1, blev det fx ikke tillagt betydning, at British Airways' markedsandel i realiteten var faldet fra 46 % til 40 % parallelt med anvendelsen af det med Artikel 82 TEF uforenelige rabat-system, og nogen egentlig effekt derved ikke entydigt kunne identificeres. I pkt. 107 påpeger Kommissionen således, at dette i princippet er irrelevant, idet det ikke kan udelukkes, at nedgangen ville have været større, hvis rabatsystemet ikke var blevet bragt i anvendelse. Vurderingen er (indirekte) stadfæstet af EF-Domstolen i sag C-95/04 - *British Airways*.

¹⁴⁵ Kommissionen synes at anerkende dette i fx sag COMP/38.096 - *PO/Clearstream (Clearing and settlement)*, pkt. 224 og pkt. 226-227, hvor det dominerende selskab betegnes som en "... an unavoidable trading partner" samtidig med, at eksistensen af betydelige adgangsbarrierer forhindrer andre, herunder virksomheden ramt af den diskriminatoriske adfærd, fra at kopiere den dominerende aktørs forretningskoncept.

¹⁴⁶ Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, s. 341, påpeger, at vertikal foreclosure forudsætter betydelige adgangsbarrierer, idet det ellers vil være rationelt for den dominerende og eventuelt vertikalt integrerede aktør at opretholde levering til det downstream placerede marked med henblik på at opretholde sin dominerende position upstream. I *Klage over Post Danmarks prisforhøjelse på distriktsbladsomdelingen*¹⁴⁶ blev det fx også påpeget, at der kun i begrænset omfang eksisterede adgangsbarrierer i forhold til det relevante marked, hvilket i forening med andre forhold, herunder en omkostningsforskel, førte til, at der ikke forelå diskrimination uforenelig med KL § 11.

digvareproduktet. I modsat fald kan der næppe antages at ske en påvirkning af konkurrencen.¹⁴⁷

Konkurrencerådet anvender dog en lidt kryptisk argumentationskæde i *Klage over prisdiskriminering*,¹⁴⁸ idet det findes konkurrencebegrænsende, at et rabatsystem var indrettet således, at alene storkunder kunne opnå adgang hertil, idet dette kunne diskriminere mindre aftagere. Sagen forefindes alene som en kort pressemeddelelse, men indikerer muligvis, at alle forholdsmæssigt skal have adgang til et rabatsystem under DK praksis.

I den danske sag *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort*,¹⁴⁹ der dog alene er en vejledende udtalelse, findes det omvendt foreneligt med KL § 11, at brugere bosiddende i Århus Kommune fik en reduktion i prisen for et rabatkort til Århus Sporveje svarende til kommunens tilskud til Århus Sporveje. Som begrundelse for sin vurdering anføres det, at der alene sker en indkomstforskydning, men ikke nogen begrænsning af konkurrencen.

Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort indikerer derved, at alene diskrimination, der rammer "virksomheder", er uforenelig med KL § 11. Kommissionens tilgang til *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*¹⁵⁰ viser dog, at dette alene gælder for dansk praksis, idet begunstigelsen af franske fodboldfans ved fordelingen af billetter blev fundet uforenelig med Artikel 82.

Selv om der, som ovenfor indikeret, kan deduceres en række betingelser for anvendelsen af Artikel 82, litra c, TEF, og KL § 11, stk. 3, nr. 3, direkte fra formuleringen af bestemmelsen, er der fortsat en række centrale uklarheder, navnlig i forhold til diskrimination, der fører til markedsforeclosure.¹⁵¹ Derudover syntes Dansk praksis at afvige fra EU-praksis på en række punkter.

6.3 Primær diskrimination - foreclosure af det umiddelbare marked

Den dominerende aktørs adgang til at fremsætte favorable tilbud målrettet kunder, som enten allerede serviceres af en konkurrent, netop har skiftet hertil eller eventuelt kunne forventes at ville gøre dette snarest, dvs. primær diskrimination, falder inden for anven-

¹⁴⁷ Kommissionen synes at anerkende dette i fx sag IV/35.613 - *Alpha Flight Services/Aéroports de Paris*, EFT 1998L 230/10 - pkt. 109, hvor det i forhold til en pålagt særafgift bemærkes, at "*Omsætningsafgiften er en væsentlig faktor i leverandørens omkostningsstruktur. I det konkrete tilfælde skal afgiften lægges direkte til enhedsprisen for de omhandlede tjenester. Som det fremgår af dokumenterne vedrørende forhandlingerne mellem luftfartsselskaber og tjenesteleverandører, vil en uberettiget forskel mellem omsætningsafgifterne påvirke konkurrencen mellem leverandørerne af tjenester til tredjemand i betydelig grad*".

¹⁴⁸ *Klage over prisdiskriminering*, Rådsmødet den 26. august 1998 (Datho ApS over GKN Wheels A/S).

¹⁴⁹ *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort*, brev til Århus Sporveje af 9. februar 1999.

¹⁵⁰ I sag IV/36.888 - *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, EFT 2000L 55/5, se navnlig pkt. 102.

¹⁵¹ Enten af det umiddelbare marked, dvs. primærdiskrimination, eller et vertikalt placeret marked, dvs. sekundærdiskrimination, hvor der sker begunstigelse af egne vertikalt integrerede aktivitetsområder.

delsesområdet for Artikel 82, litra c, TEF, og har foreligget til bedømmelse i en række sager.¹⁵²

I realiteten går der en lige linie fra ældre og tidlig praksis, som *Suiker Unie* og *Hoffmann-La Roche*, til nyere praksis, som *Compagnie Maritime Belge Transports*¹⁵³ og *Michelin II*, i forhold til anvendelsen af ikke-omkostningsbegrundede rabatter og prissænkninger samt subsumeringen heraf under Artikel 82, litra c, TEF.

Den konkurrencebegrænsende effekt knyttet til selektive (og diskriminerende) rabatter med en loyalitetsskabende effekt blev identificeret allerede ved *Hoffmann-La Roche*, hvor EF-Domstolen sidestillede loyalitetsrabatter med indgåelsen af en formel eksklusivtidsaftale, dvs. forskellige former for single branding, jf. ovenfor pkt. 4. Tilsvarende blev forskellige former for subjektivt udformede målrabatter, der kom til udbetaling, hvis angivne omsætningsmål blev realiseret, og et betydeligt pres derved lagt på aftagerne for at realisere disse, fundet uforenelige med Artikel 82, litra c, TEF, i *Michelin I*.

Endelig blev selektive prissænkninger, der dog ikke var tabsgivende og derved inden for anvendelsesområdet for begrebet underbudspriser, men dog på linie hermed, rettet mod at ekskludere en nærmere specifik konkurrent, fundet uforenelige med Artikel 82 TEF i *Compagnie Maritime Belge Transports* fra 2000.¹⁵⁴ Fællesskabsdomstolene undlod dog i modsætning til Kommissionen specifikt at henvise til Artikel 82, litra c, TEF.¹⁵⁵

Den nærmere analyseramme for rabatter med diskriminerende elementer blev formuleret ved *Michelin I*, hvor Domstolen, præmis 73, bemærkede, at der ved bedømmelsen af en rabat:

"... må ... henses til samtlige omstændigheder, herunder navnlig de kriterier og regler, hvorefter rabatten blev ydet, og det må undersøges, om rabatten som en fordel, hvortil der ikke har svaret nogen begrundet modydelse af økonomisk art, har skullet fjerne eller begrænse køberens muligheder for at foretage indkøb efter et frit valg, og har skullet spærre konkurrenterne adgangen til markedet, idet der over for handelspartne-

¹⁵² Indrømmelsen af rabatter til kunder, der potentielt kunne antages at ville skifte til en endnu ikke eksisterende konkurrent, dvs. den præventive markedslukning, blev bedømt og fordømt i sag T-228/97 - *Irish Sugar vs. Kommissionen*.

¹⁵³ De forenede sager C-395/96P og C-396/96P - *Compagnie maritime belge transports SA mfl. vs. Kommissionen*, Sml. 2000, s. I-01365.

¹⁵⁴ Selektive prissænkninger rettet mod at ekskludere en konkurrent forelå også i sag T-30/89 - *Hilti*, Sml. 1991, s. II-1439. Selv om Kommissionen betegnede adfærden som diskriminatorisk, idet adfærden i realiteten havde haft til formål at lukke markedet for konkurrence, blev der dog ikke henvist til Artikel 82, litra c.

¹⁵⁵ Se sag IV/32.448 og IV/32.450: *Cewal, Cowac, Ukwal*, EFT 1993L 34/20, pkt. 83. I sit oprindelige udkast til Artikel 82-papir, dvs. *DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses*, pkt. 129, forsøgte Kommissionen at rubricere den selektive, men dog ikke tabsgivende prissætning, som en form for predatory pricing. Synspunktet ses ikke videreført i den endelige udgave, men indikerer dog at selektive prisreduktioner begrebsmæssigt udgør en mellemlig mellem underbudspriser og forskellige former for prisdiskrimination, samt at den nærmere henføring er præget af visse uklarheder.

re anvendes ulige vilkår for ydelser af samme værdi, og den dominerende stilling søges forstærket gennem en fordrejning af konkurrencen".

Ud over at lægge vægt på eventuelle effekter med karakter af foreclosure knyttet til effekten af rabatten var det navnlig den manglende omkostningsmæssige begrundelse herfor, som gav anledning til kritik.

6.3.1 Et yderst begrænset vindue, hvis der kan ske foreclosure

I nyere praksis er der i forlængelse heraf anlagt en meget snæver tilgang til muligheden for at anvende rabatter og prisreduktioner uden for det vindue, som blev opstillet med *Michelin I*, dvs. en omkostningsreduktion hos den dominerende aktør knyttet til den specifikke levering. I *Michelin II* blev et bonussystem knyttet op på aftagernes etablering af en række investeringer i anlægsaktiver og kvalitetsforbedringer, der samlet øgede slutbrugeroplevelsen og muligheden for at levere eftersalgstjenester, fx fundet uforenelige med Artikel 82, litra c, TEF.¹⁵⁶

Tilsvarende blev muligheden for at realisere en række stordriftsfordele knyttet til en generel øgning af kundebasen som følge af skalaøkonomi mv. afvist som legitimbegrundelse for en prisdumpning i *Wanadoo*¹⁵⁷ fra 2003.

Wanadoo vedrørte prisdumpninger inden for rammen af Artikel 82, litra b, TEF, og begrebet *predatory pricing*, men afvisningen af at tillægge det betydning, om der eventuelt kunne findes en produktionsøkonomisk begrundelse for prissænkningen, har formentlig generel betydning.¹⁵⁸

Navnlig *Michelin II* indikerer en meget restriktiv praksis, hvilket synes at være bekræftet med *British Airways*¹⁵⁹ fra 2007, hvor EF-Domstolen i realiteten afviste at tillægge det betydning, at den dominerende aktørs markedsandel var faldet fra 46 % til 40 % parallelt med et anvendt rabat- og bonusprogram.

¹⁵⁶ I *Michelin II* forelå en kombination af forskellige bonusser, rabatter og tying-arrangementer til bedømmelse, der hver især blev fundet uforenelige med Artikel 82. Navnlig bonussen blev dog fremhævet som konkurrencebegrænsende og loyalitetsskabende.

¹⁵⁷ Sag COMP/38.233 – *Wanadoo Interactive*, se navnlig pkt. 309, hvor det bemærkes, at "Thus, while the search for scale economies and learning effects may be included among the rational justifications for predatory behaviour, it may not serve to legitimise that practice from the point of view of competition law since it has the effect of conferring a more favourable cost structure on the dominant undertaking to the detriment of its competitors." Sagen blev indbragt og stadfæstet af Retten i Første Instans som sag T-340/03.

¹⁵⁸ I Kommissionens Artikel 82-paper, pkt. 20, synes Kommissionen mere generelt at afvise, at realiseringen af stordriftsfordele kan legitimere en adfærd med karakter af foreclosure.

¹⁵⁹ Sag C-95/04 - *British Airways vs. Kommissionen*.

Michelin II bør dog heller ikke overeksponeres.¹⁶⁰ Selv om kriterierne for tildelingen af bonussen synes objektive i *Michelin II*, konkluderede Retten i Første Instans alligevel, at der bestod en diskretionær og subjektiv mulighed hos Michelin til at udøve et pres på forhandlerne til at realisere de opstillede omsætningsmål, hvilket formentlig har været medvirkende til afgørelsens udfald.

I præmis 140 noterer Retten, at:

"Det skal bemærkes, at en markedsdominerende virksomheds tildeling af bonusser til en forhandler skal bero på en objektiv økonomisk begrundelse (dommen i sagen Irish Sugar mod Kommissionen...). Bonustildelingen må ikke afhænge af den markedsdominerende virksomheds subjektive vurdering af, om forhandleren har respekteret de forpligtelser, der gav ret til bonussen. Som Kommissionen har understreget det i den anfægtede beslutning (betragtning 251), medførte denne vurdering af, om forpligtelserne var overholdt, at den markedsdominerende virksomhed kunne »lægge et stærkt pres på forhandlere [...] og eventuelt også kunne anvende bonusordningen diskretionært«."

I præmis 244 fremhæves det i forlængelse heraf netop, hvordan forhandleren blev knyttet til Michelin som følge af det opstillede bonussystem, og markedsadgangen derved besværliggjort.

Derudover påpeger Retten i præmis 108-109, at der ikke generelt kan henvises til forskellige former for stordriftsfordele og omkostningsreduktioner, men må forudsættes en nærmere konkretisering heraf. Det kan således heller ikke udelukkes, at Retten har tillagt det en vis betydning, at de påståede økonomiske begrundelser for adfærden havde et forholdsvist løst grundlag.

Tilsvarende fremhævede Kommissionen i *Wanadoo* parallelt med afvisningen af, at adfærden kunne legitimes under henvisning til effektivitetsforbedringer, at det ikke kunne udelukkes, at disse stordriftsfordele knyttet til en modning af markedet eventuelt kunne være realiseret, uden at konkurrencen og konkurrenterne blev skadet.¹⁶¹ Det må antages, at disse elementer i et eller andet omfang har påvirket nogle af konklusionerne, eventuelt udfaldet.

Sager som *Michelin II*, *Wanadoo* og *British Airways* har dog synliggjort, at der formentlig kun er en meget begrænset adgang til at anvende rabatter og prisreduktioner, der ikke er

¹⁶⁰ Navnlig *Michelin II* er blevet kritiseret som unødvendig restriktiv. Se bl.a. Denis Waelbroeck, *Michelin III: A per se rule against rebates by dominant companies*, Journal of Competition Law and Economics 1 (1), 2005, s. 149-171.

¹⁶¹ Se afgørelsens pkt. 306-309. Det kan ikke udledes direkte af afgørelsen. Kommissionens sarkastiske bemærkning i afgørelsens pkt. 312 om modningen af markedet også kunne være fremmet igennem en sænkning i de underliggende priser for leveringen af infrastrukturtjenester (local loop) fra moderselskabet, France Télécom, indikerer, at argumentet formentlig ville have haft større validitet, hvis det ikke var blevet fremført af et datterselskab hertil.

rent kvantumbaserede, og krone for krone reflekterer en omkostningsreduktion hos den dominerende aktør, hvis dette kan have en diskriminerende karakter.¹⁶²

Da det er risikoen for foreclosure, som anses for konkurrencebegrænsende ved primærdiskrimination, må der dog på linie med bedømmelsen af de loyalitetsskabende rabatter kunne opstilles et krav om en reel risiko for en foreclosure, hvilket navnlig er et spørgsmål om, hvorvidt der er sikret plads til, at en lige så effektiv konkurrent kan matche rabatten, jf. nærmere ovenfor.

6.3.2 Praksis rummer et problem i forhold til sektorer med atypiske omkostningsstrukturer

I det omfang en virksomhed har en omkostningsstruktur præget af faldende eller lave marginalomkostninger og betydelige faste omkostninger, vil det ofte være hensigtsmæssigt og nødvendigt for denne at kunne implementere forskellige former for prisdiskrimination, der gør det muligt at udvide den samlede produktion til et niveau, hvor de faste omkostninger kan inddækkes.

Endvidere ville dette ikke nødvendigvis medføre en forskydning mellem forbruger- og producentvelfærd¹⁶³ og derved føre til et forbrugervelfærdstab, navnlig ikke hvis diskriminationen gør det muligt og attraktivt at servicere forbrugere og/eller geografiske områder med lavere købekraft.¹⁶⁴ Selv en aktør med en markedsandel på 100 % vil derfor ofte have en kommerciel begrundet interesse i at kunne implementere forskellige former for prisdiskrimination.

Derudover synes *Michelin II* og ældre praksis at forudsætte, at rabatten reflekterer krone for krone-besparelser og derved, at stordriftsfordele har en lineær karakter, et forhold der sjældent vil være tilfældet i praksis.¹⁶⁵

6.4 Sekundærdiskrimination

Begrebsmæssigt ligger der i sekundærdiskrimination to former for konkurrencebegrænsende adfærd omfattende:

¹⁶² Navnlig *Michelin II* fremstår som meget restriktivt, ved at forudsætte en egentlig omkostningsreduktion. I den danske sag *TV 2's priser og betingelser*, Rådsmødet den 21. december 2005, pkt.163, blev generelle effektivitetshensyn accepteret og i EU sagen sag C-163/99, *Portugal vs. Kommissionen*, Sml. s. 2613, præmis 52, henviste EF Domstolen til "tilført aktivitetsvolumen eller eventuelle stordriftsfordele."

¹⁶³ For nærmere om disse begreber se fx. Simon Bishop & Mike Walker *The Economics of EC Competition Law: Concept, Application and Measurement*, Sweet & Maxwell, 2002, s.23-27 og Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, s. 19-22.

¹⁶⁴ Se Derek Ridyard, *Exclusionary Pricing and Price Discrimination Abuses under Article 82 – An Economic Analysis*, ECLR 2002, s. 286-303, navnlig s. 287.

¹⁶⁵ *Michelin II* og problemstillingen er gennemgået nærmere hos Christian Roques, *CFI Judgement, Case T-203/01, Manufacture Francaise des Pneumatiques Michelin v Commission*, ECLR 2004, s. 688-693.

- a) forskelsbehandling mellem aktører i et senere omsætningsled (egentlig diskrimination).
- b) begunstigelse af egne (vertikalt integrerede) aktiviteter eller datterselskaber i et senere omsætningsled (foreclosure).

Teoretisk omfatter sekundærdiskrimination begge typer diskrimination, herunder også diskrimination udøvet af den vertikalt integrerede aktør til fordel for sine egne aktiviteter på det downstream placerede marked.

Navnlig den vertikalt integrerede aktørs begunstigelser af et datterselskab eller et koncerninternt aktivitetsområde må dog antages at udgøre et særligt relevant anvendelsesområde for diskriminationsforbuddet i Artikel 82, litra c, TEF og KL. § 11, stk. 3, nr. 3, navnlig henset til det begrænsede incitament hos den ikke-vertikalt integrerede aktør til at gøre usaglig forskel på to kunder.

6.4.1 Forskelsbehandling mellem aktører i et senere omsætningsled

Selvom det må antages, at en dominerende aktør vil mangle et reelt incitament til at foretage en usaglig forskelsbehandling af to kunder, eksisterer der en række sager, hvor spørgsmålet har foreligget til bedømmelse.^{166 167}

I EU-sagen *Portugal vs. Kommissionen*¹⁶⁸ blev det fx anset uforeneligt med Artikel 82, litra c, at en rabatordning, der dog havde en lineær og kvantumbaseret karakter, i praksis var indrettet med henblik på at begunstige udvalgte (nationale) luftfartsselskaber. Omvendt blev det dog også fremhævet, at det ikke i sig selv udgjorde et misbrug, at kunderne ikke opnåede identiske rabatter, idet kvantumrabatter implicit ofte ville have en sådan effekt. Afgørende for den nærmere bedømmelse var, i fraværet af en objektiv begrundelse, navnlig, om forskelsbehandlingen havde en selektiv karakter, eller at rabatsatsen ikke steg lineært med mængderne.¹⁶⁹

Tilsvarende forelå der i *British Airways*, udover primærdiskrimination, tillige sekundærdiskrimination, idet alene kunder (rejsebureauer), som øgede deres salg af British Airways-billetter og derved nåede deres salgsmål blev indrømmet en særrabat. Som et argument

¹⁶⁶ Se nærmere hos Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, s. 373, for, hvorfor en dominerende aktør ofte vil mangle et reelt incitament til at udøve diskrimination. En position med karakter af monopol eller superdominans upstream udgør derfor muligvis en forudsætning for eksistensen af et reelt incitament til at udøve diskrimination, idet den dominerende aktør i modsat fald vil underminere sin egen dominerende position, hvis et misbrug søges iværksat jf. Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, s. 341.

¹⁶⁷ Eksistensen af betydelige faste omkostninger kan, som påpeget nedenfor, eventuelt skabe et stærkt incitament også hos den ikke-vertikalt integrerede aktør til at diskriminere mellem aftagere. Dette kan dog næppe betegnes som *usagligt*, om end det som følge af uklarhederne omkring den retlige standard under Artikel 82, litra c, ikke kan udelukkes, at adfærden vil blive anset for uforenelig hermed.

¹⁶⁸ Sag C-163/99, *Portugal vs. Kommissionen*, Sml. s. 2613.

¹⁶⁹ Se præmis 51-53.

til støtte for legitimiteten af denne rabat havde Bristish Airways fremført, at de to kategorier af rejsebureauer ikke kunne sammenlignes set fra en producentvinkel. Argumentet blev dog ikke accepteret, og et misbrug blev herefter statueret.¹⁷⁰

Endelig blev det fx i EU-sagen *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*¹⁷¹ fastslået, at forskelsbehandling af slutbrugerne udgjorde en særlig aggressive form for diskrimination uforeneligt med Artikel 82 og at der i tilknytning hertil ikke kunne opstilles et krav om en *konkurrenceskade*.¹⁷²

6.4.1.1 Betingelserne følger dog af de almindelige betingelser

En henføring af den diskriminatoriske forskelsbehandling mellem to kunder kan dog henføres under Artikel 82 TEF, hvis betingelserne oven for i pkt. 6.2.1 er opfyldt, dvs. at forskelsbehandlingen sker i forhold til leveringen af en vare eller en tjeneste med en nødvendig karakter for adgangen til det afledte marked, samtidig med at denne repræsenterer en væsentlig andel af værdien af færdigvareproduktet.

Endvidere skal der foreligge en usaglig forskelsbehandling samtidig med at der kan identificeres en konkurrencesituation. I den danske sag *Klage over Post Danmarks prisforhøjelse på distriktsbladsomdelingen*¹⁷³ blev det fx påpeget, at der var visse forskelle i omkostningerne knyttet til levering af distriktsblade i henholdsvis byerne og på landet. Tilsvarende var en rabat ikke diskriminerende i den danske sag *Klage over taksterne ved lastning af olie ved Fredericia Havn*,¹⁷⁴ idet der ikke forelå en konkurrencesituation mellem skibene.

Der forefindes en forholdsvis omfattende dansk praksis omkring rabatter indeholdende sekundærdiskrimination.¹⁷⁵ I *Post Danmark* blev det fx fastslået, at en anvendt rabatstruktur, der gjorde forskel på kunderne, dvs. sekundær diskrimination, manglede en objektiv begrundelse og derfor var uforenelig med KL § 11.¹⁷⁶

¹⁷⁰ Se præmis 136-141.

¹⁷¹ I sag IV/36.888 – *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, EFT 2000L 55/5, se navnlig pkt. 102.

¹⁷² Omvendt syntes Kommissionen at holde spørgsmålet åbent i fx sag COMP/38.745 - *BdKEP/Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*, navnlig pkt. 92. Se i øvrigt nærmere herom hos Pinar Akman, *To Abuse, or not to Abuse: Discrimination between Consumers*, CCP Working Paper 06-18 (November 2006). Sagen, og den tilknyttede praksis, skal jf. nærmere nedenfor muligvis ses som et særtilfælde, der alene finder anvendelse i tilknytning til nationalitetsorienteret diskrimination.

¹⁷³ *Klage over Post Danmarks prisforhøjelse på distriktsbladsomdelingen*, Konkurrencestyrelsens brev af 23. marts 1999 til klageren.

¹⁷⁴ *Klage over taksterne ved lastning af olie ved Fredericia Havn*, Rådsmødet den 26. Marts 2003.

¹⁷⁵ I modsætning hertil findes der kun enkelte EU sager, hvoraf sag C-95/04 – *British Airways vs. Kommissionen* og sag C-163/99, *Portugal vs. Kommissionen*, Sml. s. 2613, formentlig er de ledende.

¹⁷⁶ Jf. afgørelsens pkt. 173-185. Se navnlig pkt. 183. Udover sekundær diskrimination forelå der også primærdiskrimination, idet en rabat var blevet anvendt med henblik på at lukke markedet for en specifik konkurrent.

Ligeledes fandt Konkurrencerådet i *Klage over prisdiskriminering*,¹⁷⁷ at det var konkurrencebegrænsende, at et rabatsystem var indrettet således, at alene storkunder kunne opnå adgang hertil, idet dette kunne diskriminere mindre aftagere. Sagen forefindes alene som en kort pressemeddelelse, men indikerer muligvis, at alle forholdsmæssigt skal have adgang til et rabatsystem.

Nogle af de samme linier må kunne udledes af *Knud Wexøe A/S' vilkår for levering af kabelkanaler*,¹⁷⁸ hvor en selektiv tilgang til, hvem der blev udpeget som grossister og derfor berettiget til grossistrabat, blev indikeret uforenelig med KL § 11. Sagen blev dog lukket på baggrund af en ændring af praksisen, således at en grossistsammenslutning, hvis totale omsætning var mindre end de virksomheder, der hidtil var anerkendt som grossister, kunne opnå en rabat.

*Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt*¹⁷⁹ rummer som en bibemærkning afslutningsvis, at et anvendt bonussystem kunne være diskriminatorisk, hvis identiske kunder opnåede forskellige bonusser som følge af et rabatsystem, hvor bonus alene blev indrømmet, hvis forholdsvis høje måltal blev opnået. Bemærkningen optræder nærmest som en bibemærkning. I *LK A/S grossistaftaler*¹⁸⁰ blev synspunktet dog ført igennem, idet det blev fundet diskriminatorisk, at rabatterne blev koblet til afgivne forudbestillinger, idet dette kunne medføre, at prisen for en konkret efterfølgende levering kunne variere mellem to sammenlignelige aftagere.¹⁸¹

Samlet indikerer (danske) sager som *Knud Wexøe A/S' vilkår for levering af kabelkanaler* og *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt* sammen med *Klage over prisdiskriminering* samt *LK A/S grossistaftaler* samt muligvis *Post Danmark*,¹⁸² at alle forholdsmæssigt skal have adgang til et rabatsystem efter dansk praksis, hvis der ikke er en umiddelbar objektiv begrundelse for at forskelsbehandle dem.¹⁸³

Baggrunden for den restriktive danske praksis skal formentligt søges i et ønske om at beskytte små og mellemstore virksomheder i konkurrencen mod større virksomheder og disses forventede evner til at forhandle mere attraktive vilkår på plads. Omvendt bør det ikke overses, at denne praksis set fra en velfærdssynsvinkel synes at mangle et teoretisk fundament samt for så vidt angår kravet om en entydig omkostningsreduktion at repræ-

¹⁷⁷ *Klage over prisdiskriminering*, Rådsmødet den 26. august 1998.

¹⁷⁸ *Knud Wexøe A/S' vilkår for levering af kabelkanaler*, Rådsmødet den 30. august 2000.

¹⁷⁹ *Tele Danmark Mobils standard storkundekontrakt*, Rådsmøde den 16. juni 1999.

¹⁸⁰ *LK A/S grossistaftaler*, Rådsmødet den 20. december 2000.

¹⁸¹ Se pkt. 111.

¹⁸² *Post Danmarks misbrug af dominerende stilling*, Rådsmødet den 29. september 2004.

¹⁸³ Hvilket navnlig må være en omkostningsreduktion hos den dominerende aktør. *TV 2's priser og betingelser 2000*, Rådsmødet den 29. november 2000 rummer også en bemærkning om, at de anvendte rabatter diskriminerer mindre annoncører i forhold til større, se bl.a. pkt. 4. Konkurrencestyrelsens bemærkninger i tilknytning til *Håndværksrådet har trukket sin klage over PBS Multidatas gebyrstigninger tilbage*, Rådsmødet den 24. September 2003, der dog ikke blev ført igennem da klagen blev opgivet, peger i samme retning.

sentere et forenklet syn på omkostningsbegrebet og ikke mindst evnen til at dokumentere disse.¹⁸⁴

I *Klage over ændrede forhandler vilkår for Nilfisk støvsugere*¹⁸⁵ konkluderes det dog at være foreneligt med Konkurrenceloven, at en rabat alene indrømmes, hvis visse omsætningsmindstemål opnås. Sagen foreligger alene som en kort pressemeddelelse, og det er derfor ikke muligt at vurdere grundlaget for Konkurrencerådets beslutning nærmere.¹⁸⁶

Derudover må det på baggrund af *Portugal vs. Kommissionen* kunne antages, at det ikke i sig selv udgør et misbrug, hvis større kunder opnår større rabatter end mindre kunder. Der skal bestå en eller anden form for usaglighed heri, hvortil kommer de generelle betingelser for, at der kan foreligge diskrimination, dvs. at kunderne kan sammenlignes, og at deres konkurrencesituation skal påvirkes.¹⁸⁷ Endelig skal der mangle en omkostningsmæssig begrundelse for forskelsbehandlingen.¹⁸⁸

6.4.2 Begunstigelse af egne aktiviteter og interesser - foreclosure af et afledt marked

Mens der teoretisk kan spores visse problemer med entydigt at betegne primær- og sekundærdiskrimination udøvet af en ikke-vertikalt integreret aktør som konkurrencebegrænsende, er der noget større konsensus om identifikationen af et behov for at kunne inddæmme forsøg på at begunstige egne eller koncernforbundne aktivitetsområder eller interesser på et afledt marked. Ligeledes må diskriminationsforbuddet i Artikel 82, litra c, TEF ikke kunne omgås igennem implementeringen af en vertikal integration.¹⁸⁹

De grundliggende betingelser skal dog fortsat være opfyldt, dvs. at forskelsbehandlingen sker i forhold til leveringen af en vare eller en tjeneste med en nødvendig karakter for adgangen til det afledte marked, samtidig med at denne repræsenterer en væsentlig andel af værdien af færdigvareproduktet. Derudover bør det ikke overses, at den økonomiske teori ikke yder støtte til ubetinget at antage, at den vertikalt integrerede aktør har et reelt incitament til at udøve usaglig forskelsbehandling.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Jf. Konkurrencelovens §1 er formålet med loven at fremme den virksomme konkurrence til glæde for virksomheder og forbrugere. Henset til formålsbestemmelsen syntes subsumeringen af sekundærdiskrimination under KL §11 generelt at være "problematiske".

¹⁸⁵ *Klage over ændrede forhandler vilkår for Nilfisk støvsugere*, Rådsmødet den 25. februar 1998.

¹⁸⁶ Afgørelsen synes dog afgjort efter KL § 6, da Nilfisk næppe kan anses for dominerende.

¹⁸⁷ Jf. nærmere ovenfor pkt. 6.2.1 kan der dog ikke entydigt opstilles et krav om en konkurrencesituation, bl.a. da EU konkurrenceretten (muligvis) tillige omfatter diskrimination rettet direkte mod slutbrugerne.

¹⁸⁸ I den danske sag *Nissan Motor Danmark A/S indfører nye rabatbetingelser*, Rådsmødet den 28. August 2002, blev det fx antaget at overgangen til ugeordre kunne berettige indrømmelsen af en rabat.

¹⁸⁹ Se fx John Temple Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors, and Access to Essential Facilities*, Fordham Corporate Law Institute, 1994, s. 280, hvor det påpeges, at den dominerende aktør ikke skal kunne unddrage sig diskriminationsforbuddet ved at organisere sig med en intern afdeling frem for et datterselskab. Damien Geradin og Nicolas Petit, *Price Discrimination under EC Competition Law: The need for a case-by-case Approach*, GCLC Working Paper 07/05, s. 33, argumenterer dog for, at adfærden burde subsumeres under Artikel 82, litra b.

¹⁹⁰ Jf. Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, s. 341 og s. 373.

I praksis har forskellige variationer af sekundær diskrimination rettet mod begunstigelser af egne aktiviteter på et afledt marked foreligget til bedømmelse i EU-sager som *Deutsche Bahn*,¹⁹¹ fra 1997 og *Clearstream*,¹⁹² fra 2004.

I *Deutsche Bahn* havde Kommissionen fundet, at de af Deutsche Bundesbahn opstillede priser og vilkår for levering af *jernbaneselskabsydelser*, dvs. tilvejebringelse af lokomotiv og lokomotivførere, adgang til jernbaneinfrastrukturen og international koordinering af disse ydelser var uforenelige med Artikel 82, litra c, TEF, da disse bevidst var indrettet med henblik på at begunstige Deutsche Bundesbahns eget datterselskab¹⁹³.

Til støtte for sin adfærd havde Deutsche Bundesbahn dels henvist til forskelle i omkostningerne, og dels at der var en højere grad af konkurrence på de strækninger, som konkurrenterne anvendte.

Retten afviste relevansen af begge synspunkter ved at påpege, at den større konkurrence på de strækninger, som konkurrenterne anvendte, burde have medført en sænkning af taksterne snarere end en stigning, samt at de øgede omkostninger knyttet til leveringen af tjenester hertil nok var noget højere, men ikke tilstrækkelig til at legitimere forskellen. I øvrigt var de højere omkostninger et resultat af Deutsche Bundesbahns egne beslutninger, idet der alene var sket rationaliseringer i forhold til de strækninger, Deutsche Bundesbahn selv anvendte¹⁹⁴.

Clearstream vedrørte leveringen, eller måske mere præcis den manglende og diskriminatoriske levering, af visse grænseoverskridende clearing- og settlementtjenester knyttet til handlen med aktier og finansielle produkter¹⁹⁵.

Clearstream Banking AG, et selskab under Clearstream International SA, havde monopol i Tyskland på leveringen af visse tjenester knyttet til gennemførelsen af handel med noterede aktier i Tyskland, såkaldt clearing og settlement, og leverede disse til parallelle selskaber i andre EU-lande, *Central Securities Depositories*, CSD, samt internationale selskaber, som var aktive i forhold til leveringen af clearing- og settlementtjenester på et paneuropæisk niveau, *International Central Securities Depositories*, ICSD. Af de sidste

¹⁹¹ T-229/94 - *Deutsche Bahn AG vs. Kommissionen*, Sml. 1997, s. II-1689. Sagen var den retlige prøvelse af sag 33.941 - *HOV SVZ/MCN*, EFT 1994L 104/34.

¹⁹² Sag COMP/38.096 - *PO/Clearstream (Clearing and settlement)*.

¹⁹³ Deutsche Bundesbahns eget datterselskab drev transport af skibscontainere til og fra Tyskland, der ankom via tyske havne (nordlige strækninger) på bekostning af en konkurrent hertil, hvis transporten af skibscontainer til og fra Tyskland skete via havne i Holland og Belgien (vestlige strækninger). Selvom de to former for transport umiddelbart kunne sammenlignes, var der opstillet stærkt forskellige vilkår, hvilket blev fundet uforeneligt med Artikel 82, litra c, af både Kommissionen og Retten i Første Instans. Se præmis 93 i Rettens afgørelse.

¹⁹⁴ Se præmis 87-93 i Rettens afgørelse.

¹⁹⁵ Kommissionen sonderer dog ikke i sin afgørelse mellem de to forhold, men antager implicit, at de udgør en og samme overtrædelse af Artikel 82 TEF, idet kernen i den konkurrencebegrænsende effekt var den diskriminatoriske adfærd. Se afgørelsens pkt. 216.

eksisterede der to i EU, *Euroclear* samt *Clearstream Banking Luxembourg*, et datterselskab til *Clearstream International SA* og søsterselskab til *Clearstream Banking AG*.

I perioden 1997 til 2002 havde *Clearstream* opkrævet højere afgifter for leveringen af tjenester til *Euroclear* end til CSD'ere placeret uden for Tyskland, hvilket var uforeneligt med Artikel 82 TEF, idet der dels var sket forskelsbehandling af sammenlignelige handelspartnere, CSD'ere og ICSD'ere og dels begunstiging af et søsterselskab.¹⁹⁶

Endvidere havde *Clearstream* frem til 2001 nægtet at levere en række efterspurgte tjenester, der blev leveret til søsterselskabet samt nationale CSD'ere.¹⁹⁷ I modsætning til mere traditionelle forsøg på at begunstige egne aktivitetsområder og interesser var disse dels ikke-vertikalt integreret og dels ikke placeret på et vertikalt placeret marked, hvilket indikerer en vis elasticitet i ikke-diskriminationsforbuddet i Artikel 82, litra c, TEF, samt at den nærmere organisering af en koncern ikke er afgørende.

Samlet viser sager som *Deutsche Bahn* og *Clearstream* at det vil udgøre et misbrug, såfremt et rabatsystem bevidst indrettes således, at et koncernforbundet selskab begunstiges.

6.5 Artikel 86 TEF og diskrimination - varetagelsen af forsyningspligten

Artikel 82, litra c, TEF, har på linie med de øvrige former for misbrug et fællesområde med Artikel 86 TEF, hvilket bl.a. har foreligget til vurdering i EU-sagerne *GT Link*¹⁹⁸ og *BdKEP/Deutsche Post AG*,¹⁹⁹ hvor henholdsvis det danske Trafikministeriums tariffer for DSB's anvendelse af en række havneanlæg og en række bestemmelser i den tyske postlovgivning havde fået en udformning, der kunne fremme diskrimination i strid med Artikel 82, litra c, TEF.

I *GT Link* var DSB's færge-selskab og visse samarbejdspartnere på gensidigt grundlag indrømmet fritagelse, dvs. en rabat, for at betale en række afgifter for anvendelsen af Gedser Havn. EF-Domstolen påpegede herefter, at det kunne være uforeneligt med Artikel 86, jf. 82, litra c, TEF, hvis der ikke koncerninternt blev konteret et beløb svarende til afgiften.

Som følge af manglende intern regnskabsførelse kunne en manglende opkrævning dog ikke direkte identificeres. Efter omstændighederne kunne anvendelsen af unormalt lavere slutbrugerpriser dog udlægges i retning af, at en opkrævning næppe var foretaget.

¹⁹⁶ Se afgørelsens pkt. 302-337.

¹⁹⁷ Se afgørelsens pkt. 217-301.

¹⁹⁸ Sag C-242/95 - *GT-Link A/S mod De Danske Statsbaner (DSB)*, Sml. 1995, s. I-4449.

¹⁹⁹ Sag COMP/38.745 - *BdKEP/Deutsche Post AG + Bundesrepublik Deutschland*.

Endvidere kunne det udgøre diskrimination efter Artikel 86, jf. 82, litra c, TEF, hvis der ikke var parallelitet mellem de afgifter, DSB sparede, og dem de skulle have modtaget som følge af den på gensidigt grundlag indrømmede fritagelse til visse samarbejdspartnere.²⁰⁰

I *BdKEP/Deutsche Post AG* var incitamentet til at implementere en diskriminatorisk prispolitik støttet af en række bestemmelser i den tyske postlovgivning, der forbød Deutsche Post AG at tildele kommercielle aktører, der i konkurrence med Deutsche Post AG afhentede og forsorterede post hos større kunder, visse selvsorteringsrabatter, som ellers kunne opnås, hvis breve til viderebefordring blev leveret direkte til særligt udpegede sorteringscentre.

Under henvisning til Artikel 86, jf. 82 TEF, blev den udviste adfærd fundet diskriminatorisk og udenfor anvendelsesområdet for Artikel 86, stk. 2, TEF.²⁰¹

Referencen til Artikel 86, stk. 2, TEF, indikerer i øvrigt, at denne bestemmelse også har en vis relevans i forhold til diskrimination og begunstigelse af egne datterselskaber eller aktivitetsområder, således at disse eventuelt kan legitimeres, hvis det sker med henblik på varetagelsen af en forsyningspligt og det almene udbud indenfor rammerne af begrebet Public Service/Universal Services.

Artikel 86 har ikke en parallel bestemmelse i den danske konkurrencelov, hvorfor ovenstående primært har relevans i forhold til EU-praksis.²⁰²

6.6 Nationalitetsorienteret diskrimination – den "problematiske" EU-praksis

Som allerede påpeget eksisterer der en EU-praksis, der "problematiserer" nationalitetsorienteret og geografisk diskrimination. Dette omfatter bl.a. sager som *Corsica Ferries*,²⁰³ hvor lodsforeningen i Genova havn, som havde eneret til at levere lodstjenester, havde implementeret tariffer, der begunstigede skibe, der sejlede under italiensk flag. EF-Domstolen fastslog på baggrund af det forelagte præjudicielle spørgsmål, at den udviste adfærd var uforenelig med Artikel 86, jf. Artikel 82, litra c, TEF.

Parallele eksempler på forsøg på at begunstige nationale eller lokale selskaber igennem diskrimination kan findes i EU-sager som *Bruxelles-National lufthavnen*²⁰⁴ og *Portugisi-*

²⁰⁰ Se navnlig præmis 41-43.

²⁰¹ Den tyske regel var formentlig også i strid med vedtagne EU-sektordirektiver, hvorved konkurrencesagen trådte i stedet for en normal traktatbrudssag.

²⁰² Omvendt er danske myndigheder, herunder Konkurrencestyrelsen/Konkurrencerådet forpligtet til ikke at træffe beslutninger der er uforenelige med EU-konkurrencereglerne, jf. nærmere hos Andreas Christensen, Caroline Heide-Jørgensen, Simon Evers Hjelmberg, Jan Magne Langseth, Sune T Poulsen, Charlotte Friis Bach Ryhl & Jens Schovsbo. *EU Konkurrenceret*, Djøf, 2005, s. 829-840.

²⁰³ Sag C-18/93 - *Corsica Ferries Italia Srl vs. Corpo Dei Piloti Del Porto Di Genova*, Sml. 1994, s. I-1783, se navnlig præmis 45.

²⁰⁴ Sag 95/364/EF: *Kommissionens beslutning af 28. juni 1995 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 90, stk. 3 (Bruxelles-National lufthavnen)*, EFT 1995L 216/8

ske lufthavne,²⁰⁵ der vedrørte landingsafgifterne i lufthavne samt de to danske afgørelser *forespørgsel om lovligheden af takstdifferentiering på færgepriser*,²⁰⁶ og *fastlæggelse af færgetakster*.²⁰⁷ I de to sidste havde færgeelskaberne ved henholdsvis Samsø og Læsø ønsket at reducere taksterne for lokale erhvervskøretøjer igennem indrømmelsen af en rabat til disse.

Konkurrencerådets oprindelige afgørelse i *Aalborg Portlands cementpriser*²⁰⁸ rummer samme aspekt, idet det oprindeligt blev fundet uforeneligt med KL § 11, at Aalborg Portland beregnede en højere pris for cement, der blev solgt til hjemmemarkedet, end det som blev eksporteret. Afgørelsen blev dog senere trukket tilbage af Konkurrencerådet.

En særlig aggressiv form for (sekundær) diskrimination under EU-praksis består i at udøve diskrimination direkte overfor slutbrugerne, jf. *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*.²⁰⁹ I forbindelse med en begunstiggelse af franske fodboldfans ved salget af billetter til VM i 1998 fandt Kommissionen det således irrelevant, at der ikke kunne antages at være sket en konkurrenceskade, når diskriminationen var rettet direkte mod slutbrugerne.²¹⁰

Dansk praksis, afviger, uanset princippet om EU konformitet herfra.²¹¹ I *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort*,²¹² der dog alene foreligger som en vejledende udtalelse, blev det således fundet foreneligt med KL § 11, at brugere bosiddende i Århus Kommune fik en reduktion i prisen for et rabatkort til Århus Sporveje svarende til kommunes tilskud til Århus Sporveje. Som begrundelse for sin vurdering anførte Konkurrencestyrelsen at rabatten alene medførte en indkomstforskydning, men ikke nogen begrænsning af konkurrencen. I dansk praksis er det altså alene diskrimination, der rammer "virksomheder", som udgør et misbrug,²¹³ hvilket jf. Kommissionens tilgang til *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, afviger fra EU praksis.

²⁰⁵ Sag IV/35.703 - *portugisiske lufthavne*, EFT 1999L 69/31

²⁰⁶ *Forespørgsel om lovligheden af takstdifferentiering på færgepriser*, Rådsmøde den 26. maj 1999

²⁰⁷ *Fastlæggelse af færgetakster*, Rådsmøde den 16. december 1998

²⁰⁸ *Aalborg Portlands cementpriser*, Konkurrencerådets møde den 17. juni 1998 og den 28. oktober 1998.

²⁰⁹ I sag IV/36.888 – *Verdensmesterskabet i Fodbold i 1998*, EFT 2000L 55/5, se navnlig pkt. 102.

²¹⁰ I forbindelse hermed blev der henvist til sag C-6/72 – *Continental Can*. Sager der vedr. diskrimination rettet direkte mod slutbrugerne er sjældne, når der ses bort fra sagerne, hvor nationalitet syntes at have spillet en rolle. Endvidere er det ikke evident, at de bør henføres under Artikel 82, jf. nærmere hos bl.a. Pinar Akman, *To Abuse, or not to Abuse: Discrimination between Consumers*, CCP Working Paper 06-18 (November 2006).

²¹¹ EU konformiteten er ikke knæsat direkte i Konkurrenceloven, men fremgår af lovforarbejderne, jf. nærmere hos Mogens Kockvedgaard, Lærebog i Konkurrenceret, 6. udgave, DJØF 2005, p. 142-144.

²¹² *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort*, brev til Århus Sporveje af 9. februar 1999.

²¹³ I overensstemmelse hermed blev et "problem" identificeret i de danske sager *Forespørgsel om lovligheden af takstdifferentiering på færgepriser*, Rådsmøde den 26. maj 1999 og *Fastlæggelse af færgetakster*, Rådsmøde den 16. december 1998, idet alene lokale virksomheder skulle nyde godt af takstreduktionen.

Det kan overvejes, om diskrimination med et overvejende geografisk, evt. nationalitetsmæssigt, islæt bør subsummeres under Artikel 82.²¹⁴ En mere korrekt henføring ville formentligt være Artikel 12 TEF og Indre Markedsreglerne mere generelt.²¹⁵ Som konsekvens heraf fremstår Dansk praksis, teoretisk, mere "korrekt" end EU-praksis, hvilket endvidere understreges af at den underliggende økonomiske teori, ofte ikke vil identificere et samfundsøkonomisk velfærdstab knyttet til en diskrimination rettet mod slutbrugere.²¹⁶

Både teoretisk og praktisk, eksisterer der derfor en noget speciel dansk retsstilling, idet en afgørelse som *Prisdiskrimination på Århus Sporvejes abonnementskort* på den ene side er i overensstemmelse med konkurrencelovens ene retskilde, *den økonomiske teori*, men uforenelig med den anden, *EU retten*.²¹⁷

6.7 Problemerne med at subsumere diskriminerende rabatter entydigt under Artikel 82 og KL § 11

Selv om gennemgang af diskriminationsspørgsmålet ret entydigt indikerer en meget snæver adgang hertil under Artikel 82 TEF og KL § 11, består der fortsat en række centrale uklarheder.

- a) For det første er det ikke evident, at prisdiskrimination i form af (selektive) rabatter generelt kan og bør anses for konkurrencebegrænsende og derved overhovedet omfattes af Artikel 82 TEF og KL § 11.

For ikke-dominerende aktører vil det som udgangspunkt være velfærdsmaksimerende at kunne prisdiskriminere mellem markeder og kunder, således at der prissættes med udgangspunkt i den enkelte kundes prisfølsomhed. Retspraksis synes også at have indrømmet dominerende aktører visse muligheder herfor.²¹⁸

I en række situationer må det dog mere generelt antages at være velfærdsmaksimerende, hvis (også) dominerende aktører mere entydigt indrømmes adgang til at diskriminere, idet evnen til at tilbyde reducerede priser selektivt til kunder med begrænset købekraft kan være et instrument til også at servicere disse samt i tilknyt-

²¹⁴ Se nærmere herom hos fx Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 493.

²¹⁵ Jvf. bl.a. Damien Gerardin, *Price Discrimination under Article 82(c) EC: Clearing up the Ambiguities*, GCLC Research papers on Article 82 EC, s. 132.

²¹⁶ Se nærmere herom hos fx Massimo Motta, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, 2004, p. 493.

²¹⁷ Alternativt, hvilket muligvis er det korrekte, er EU retten "forkert", ved ikke at være i overensstemmelse med den underliggende økonomiske teori.

²¹⁸ Se sager som sag C-27/96 - *United Brand*, præmis 228, og sag T-229/94 - *Deutsche Bahn*, præmis 91. I sag COMP/C-3/ 37.792 - *Microsoft* fremgår det dog af pkt. 1008, at "to any remuneration that Microsoft might charge for supply; such a remuneration should not reflect the strategic value stemming from Microsoft's market power in the client PC operating system market or in the work group server operating system market." Formuleringen synes ikke specielt entydig, men kan muligvis udlægges i retning af, at prissætningen ikke må ske med udgangspunkt i aftagerens subjektive evne til betale og derved udgøre en modifikation af traditionel praksis.

ning til en omkostningsstruktur præget af betydelige faste omkostninger og lave marginalomkostninger, et instrument til at få inddækket de faste omkostninger samt at sikre det almene udbud.

Endvidere kan et generelt forbud mod diskrimination og rabatter direkte være konkurrencebegrænsende, hvis det fx fremmer allerede eksisterende tendenser til collusion.

Teoretisk har det dog vist sig meget vanskeligt at trække en forholdsvis entydig grænse mellem den konkurrencefremmende og konkurrenceskadelige diskrimination og derved bibringe en vis sammenhæng til praksis.

- b) For det andet synes praksis omkring Artikel 82, litra c, TEF, og KL § 11, stk. 3, nr. 3 ikke at opstille et krav om en konkurrenceskadelig effekt, et traditionelt krav knyttet til anvendelsen af Artikel 82 TEF og KL §11.

Den manglende konkurrenceskadelige effekt er mest tydelig i forhold til den del af dansk praksis, der synes at beskytte små og mellemstore virksomheder ved at forbyde, at større virksomheder indrømmes bedre rabatter alene som følge af deres større forhandlingsstyrke.

Som følge heraf synes bestemmelsen snarere end at beskytte konkurrencen at have karakter af en beskyttelse af det indre marked for så vidt angår EU-retten og små og mellemstore virksomheder for så vidt angår dansk ret.

- c) For det tredje synes diskriminationsforbuddet udvidet udover den umiddelbare sproglige forståelse heraf ved også at omfatte adfærd rettet mod at ekskludere en konkurrent til den dominerende aktør, primærdiskrimination samt forskellige former for national og geografisk betinget diskrimination.

Som konsekvens heraf fremstår der ikke alene en betydelig uklarhed i forhold til rækkevidden af diskriminationsforbuddet i Artikel 82 og KL § 11, samt den tilknyttede behandling af rabatter. Der består også en risiko for, at misbrugsformer, der rettelig har karakter af overpriser eller prisdumpninger, bliver forfulgt som diskriminationssager og eventuelt fordømt som sådanne, idet betingelserne for at henføre en adfærd under Artikel 82 TEF er "mindre restriktive" efter dette begreb end fx predatory pricing²¹⁹.

- d) For det fjerde mangler der et teoretisk fundament for visse dele af diskriminationsforbuddet samtidig med at dansk- og EU-praksis syntes at afvige, både fra hinanden og fra den underliggende økonomiske teori. Fraværet af et teoretisk funda-

²¹⁹ Se Philip Andrews, *Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? – The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach*, ECLR 1998, s. 49-57, navnlig s. 56, for en gennemgang af *Irish Sugar* og påpegning af, hvordan den fremførte argumentation var hentet i AKZO, men uden specifikt at opfylde de heri opstillede betingelser. Igennem en udvidelse af diskriminationsbegrebet er der altså en mulighed for at fordømme selektive prissænkninger.

ment vedrører både den danske praksis knyttet til beskyttelsen af små og mellemstore virksomheder, evt. tillige den danske tradition for at anvende KL. § 6, og EU-praksis, hvor diskrimination af slutbrugerne fremhæves som uforeneligt med Artikel 82 TEF.

Der kan opstilles socialpolitiske argumenter for at anse begge diskriminationsformer for uacceptable. Der kan dog kun i begrænset omfang opstilles velfærdsøkonomiske argumenter, hvortil kommer at afvigelser mellem dansk- og EU-praksis er uheldige.

Ovenstående "uklarheder" bidrager væsentligt til problemet med at skabe en sammenhængende praksis. Forhåbentligt vil nogle af uklarhederne blive indskrænket, når (og hvis) Kommissionen udsender sit discussion paper vedr. diskriminerende adfærd, et initiativ annonceret allerede tilbage i 2005.²²⁰

²²⁰ Jf. MEMO/05/486 - *Commission discussion paper on abuse of dominance - frequently asked questions*